



تأليف



الاستاذ بكلية الحقوق بالجامعة المصرية
قاض بالمحاكم الاهلية سابقاً

« الطبعة الرابعة »

مطبعة الاعتماد بشارع حسن الاكبر بمصر

١٣٥٢ — ١٩٣٣

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

مقدمة

١ — *فى أهمية التعهدات* : الانسان مدنى بالطبع : فلا يتم له عيش إلا إذا تعاون مع الناس . فهو محتاج أبداً إلى عملهم ونشاطهم استجماماً لحاجاته المتنوعة ، وهو من أجل ذلك يتعاقد معهم بالبيع والقرض والايجار والمشاركة والمقايضة حتى تتم له الحياة ويشبع رغائبه ويسد خلته . فكل فرد يعطى ما يفيض عن حاجته .

ولادراك فائدة التعهدات المتبادلة التى يتحملها الناس بسبب حياتهم المشتركة فلنتصور حالة مجتمع يضطر كل عضو فيه أن يعتمد على جهوده الخاصة للحصول على كل ما يحتاج اليه . لاريب أن الجهد يكون شاقاً وعظيما وثمرته قليلة لا تفى بأشباع أمس الحاجات وألزمها للانسان .

وقد أخذت العقود وماتنتجه من التعهدات المتقابلة تتزايد بتزايد العمران . ومعلوم أن حاجات الانسان لاحد لها . وكلما استبحر العمران زادت الحاجات ، وكل حاجة جديدة توجد صورة جديدة للتعاقد . فالتأمين البرى والملاحة الجوية هما من الحاجات الجديدة التى لم تشر اليهما قوانينا .

واذا كانت الحياة الاجتماعية تستلزم وجود تعهدات بين الأفراد فمن الطبيعى بعد ذلك أن يعنى المشرع بتنظيم هـذه العلاقات منعاً للغش والمخاتلة وتلافياً للعدوان واقراراً للحقوق .

وموضوع التعهدات ينقسم الى خاص وعام :

(١) فالجزء العام يبحث فى التعهدات بوجه عام بقطع النظر عن مصادرها ، ويبحث فى الأعمال القانونية التى تنشأ منها التعهدات كالعقود وأشباه العقود ، والجرائم وأشباه الجرائم . ويمتاز هذا الجزء بأنه يسرى على كل التعهدات الناشئة بين الناس وعلى غيرها مما تولده الحياة الاقتصادية .

(٢) ويبحث الجزء الخاص فى القواعد المنطبقة على المعاملات القانونية الحاصلة بين الناس. وهو الجزء المتغير بسبب التطورات السياسية والاقتصادية التى تنتاب حياة الأمم من حين لآخر .

ويعتبر الجزء العام أهم أجزاء القانون . وهو بالنسبة للقانون المدنى كنظرية القيمة بالنسبة للاقتصاد السياسى. بل يمكن القول بأنه أساس القوانين التجارية والادارية والدولية على نوعيها، خاصة وعامة . لأنها لاتعدو أن تقرر علاقات تعهدية الغرض منها تحقيق شتى المنافع ومختلف المآرب . وليس من المغالاة أو الاسراف فى القول أن نعتبر نظرية التعهدات الأديم الذى يتكون منه جسم القانون ، والاساس الذى تستقر عليه كل النظم الاجتماعية . لذلك كانت التعهدات منذ أقدم العصور موضع عناية المشرعين وبخاصة لدى الرومان. وقد وصلت نظرية التعهدات على أيديهم الى أسمى درجات الكمال بفضل ملكتهم العملية ، وصفاء فكرهم ، وشغفهم بالتحليل ، وتناولهم بالبحث كل ماله صلة بالعلاقات الالزامية الناشئة بين الناس. فأقاموا بتريث ومهارة هذا الصرح ، الذى ظل قائماً ، خلال العصور ، حتى عهدنا الحاضر . ولم تستطع الأيام أن تعبث به كما عبثت بالدول التى اقامته وكما عبثت بمعظم الحضارات القديمة . وليس بقاء هذا الصرح قائماً ، مرده الى انسجامه وكماله فحسب ، بل ينضاف الى ذلك أن موضوع التعهدات من المواضيع العقلية البحتة التى تصلح لكل زمان ومكان . ومن المستطاع تطبيق قواعدها على الاقطار غير المتجانسة فى عقائدها ونظمها السياسية والاجتماعية . ذلك لأن العلاقات التعهدية الناشئة

بين الناس هى من شئون اراداتهم الفردية . وليس على المشرع إلا الاقتصار جملة على اقرار إرادة المتعاقدين ، والعناية بوضع قواعد مفسرة لاراداتهم أكثر من العناية بوضع قواعد الزامية . ولعل الانسانية تشهد فى يوم قريب أو بعيد وضع قانون للتعهدات يسرى على العالم قاطبة[1]. إلا أن النظم القانونية بالغة مابلغت من الدوام والاستقرار ، لابد أن تنالها يد التحوير والتعديل بفعل التطورات الاجتماعية . فالعالم فى القرن العشرين غيره فى عهد الرومان بسبب ما اعتراه من التطورات بل الانقلابات البليغة فى العلوم والفنون ، ومن تضرب المعاملات وسرعتها ، وتمركز رؤوس الأموال فى أيدى قلائل من الناس ، وتزايد حقوق الدولة ، وتعدد نواحى تدخلها فى الشئون الاقتصادية . مما أفضى الى تعديل نظام التعهدات وجعله ملائماً لضرورات الوقت . فوضعت نظريات جديدة للعقد الجماعى ، وعقد الانضمام أو التلاحق ، والالتزام الناشىء عن إرادة مفردة الخ . وقد مس التطور نظريات كانت قديما فى دور الطفولة فاصبحت الآن ملائمة للحياة القانونية الحاضرة على ما فيها من تعقد وخلو من البساطة الاولى ، وتنافر المصالح وتزايدها ، كالتعاقد لذمة الغير وإساءة استعمال الحق ، واشهار العقود الناقلة للملكية أو المقررة لحقوق عينية .

٢ — *تعريف التعهد* : التعهد هو ارتباط قانونى بين طرفين — متعهد ومتعهد له — الغرض منه حصول منفعة للمتعهد له بالزام المتعهد بعمل شىء معين أو بامتناعه عنه (م ٩٠/١٤٤ مدنى) والتعبير بالارتباط القانونى قديم يرجع الى عصر الرومان حيث كانوا يتصورون طرفى التعهد مرتبطين بسلسلة قانونية تنحل بالوفاء .

وكل تعهد يقتضى وجود طرفين . الأول متعهد له « دائن » يمكنه القانون من استيفاء منفعة له . والثانى متعهد « مدين » يحتم عليه القانون الوفاء

---

(١) عملت فرنسا وايطاليا على وضع قانون مشترك للتعهدات . وقد وضع مشروع هذا القانون فى باريس سنة ١٩٢٧ .

الى المتعهد له . والتعهد يعتبر « حقاً » بالنسبة للدائن يدخل ضمن أمواله . ويعتبر « ديناً » بالنسبة للمدين ويعتبر مما فى ذمه . وقد يكون أحد الطرفين مستجمعاً لصفتى المتعهد والمتعهد له كما هو الحال فى عقد البيع . فالبائع يتعهد بتسليم المبيع ويتحمل بعض الضمانات . وهو بهذا الاعتبار يكون متعهداً ، وله حق اقتضاء الثمن فهو متعهد له . والمشترى يمكنه قهر البائع على تسليم المبيع فهو متعهد له ، ومن جهة أخرى هو ملزم بدفع الثمن فيكون متعهداً . ولكن يمكن القول بوجه عام أن البيع يشتمل على طرفين متعهد ومتعهد له . أودائن ومدين . ولأجل تفهم ماهية التعهد يجب أن نشرح ابتداء الحق وأنواعه

٣ — **تقسيم الحقوق** : تنقسم الحقوق الى سياسية ومدنية .

(١) فالحقوق السياسية هي التى تقررها القوانين العامة كحق الانتخاب للمجالس النيابية وحق شغل الوظائف العامة . وقد يكون الشخص ذا أهلية مدنية كاملة ولكنه محروم بمقتضى الدستور مثلا من كل أو بعض الحقوق السياسية .

(٢) والحقوق المدنية هى التى يتمتع بها كافة الناس وتنقسم الى حقوق عامة وحقوق متعلقة بالأحوال الشخصية وحقوق متعلقة بالمال .

ا — الحقوق العامة . وهى الحقوق المقررة لكل فرد باعتباره انساناً كحمايته من الاعتداء على جسمه أو شرفه أو ماله ، وحرية الخطابة والدين وما يماثلها من الحقوق التى تختلف باختلاف القوانين العامة فى كل دولة . وقد أشار اليها الدستور المصرى . وهذه الحقوق لا تقوم بمال إلا فى حالة التعدى كالقذف . فقد يكون للمجنى عليه الحق فى طلب تعويض مالى نظير ما أصابه من الضرر ولكن المشرع لم ينظر الى هذه الوجهة عند تقريره هذه الحقوق الأساسية للانسان .

ب — الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية . وهى التى تتعلق بالفرد

باعتباره منتسباً الى أسرة معينة كابن أو أب أو زوج أو زوجة . ومرجع هذه الحقوق قانون الأحوال الشخصية وليس لهـــا علاقة بالمال إلا فى حالة النفقة .

حـ — الحقوق المتعلقة بالمال . وهى التى تقوم بالمال وتنقسم الى حقوق مطلقة أو عينيــة (jura in re) وحقوق نسبية شخصية (jura ad rem) ولهذه التفرقة أهمية خاصة فى القانون . ولتقريبها الى الذهن نأتى ببعض الأمثال: مثل الحق العينى هو حق الملكية ومثــــل الحق الشخصى هو التعهد الذى ينتج من اقتراض مبلغ من النقود . ويحسن تسمية الحق الشخصى بالحق التعهدى الشخصى تمييزاً له عن الحقوق الشخصية التى لا تنتقل بالميراث كحق الانتفاع والحقوق المتعلقة بشخص المدين التى لا يجوز للدائن استعمالها نيابة عنه وهى التى أشارت اليها المادة ١٤١/٢٠٢ م كتعويض عن قذف .

٤ — ***الحقوق العينية*** : عرف أوبرى ورو الحق العينى فقالا « الحق العينى هو التسلط الكلى أو الجزئى على شىء معين بموجب علاقة مباشرة محترمة من الغير » . فخاصية الحق العينى هو وجود علاقة مباشرة بين شخص وشىء . ويفيد هذا التعريف عدم وجود واسطة بين الشخص الذى يتمتع بالحق وبين الشىء الذى ينصب عليه هذا الحق ، فمثلا مالك المنزل أو من له حق الانتفاع ، له حق السكنى ، وصاحب الحقل، له أن يحصد الزراعة القائمة على حقله بدون وساطة أحد . ويختلف الحال بالنسبة للمستأجر إذ ليس له حق مباشر على المنزل أو الحقل، فالمستأجر دائن للمالك المؤجر الذى يتعهد بتمكينه من الانتفاع ولو لم يوجد هذا التعهد لما كان له حق على المنزل أو الحقل .

ويكفى هذا التعريف لتفهم الحق العينى من الوجهة العملية فندرك بسهولة حق الملكية وغيره من الحقوق العينية. لكن هذا التعريف فاسد من الوجهة النظرية . إذ من الخطأ القول بأن الحق العينى يوجد علاقة مباشرة بين شخص

وشيء. لأن هذه العلاقة واقعة مادية لها اسم خاص تعرف به وهو الحيازة (Possession) ولا يمكن تصور وجود علاقة قانونية إلا بين أشخاص. إذا تقرر هذا نعود الى حق المالك فنقول أن الطرف الأول وهو صاحب الحق العينى هو المالك (المتعهد له) والطرف الثانى هو كل الناس عدا المالك وبعبارة أخرى « الغير » (المتعهد).

ينتج مما تقدم أن الحق العينى هو علاقة قانونية مقررة بين شخص وكل الناس، وهى علاقة تعهدية لا تختلف بطبيعتها عن بقية التعهدات إلا فى كون تعهد كل الناس (الغير) هو تعهد سلبى محض قاصر على الامتناع عن كل ما يعكر وضع يد صاحب الحق.

فالحق العينى إذن هو عبارة عن علاقة تعهدية بين شخص معين هو صاحب الحق وبين اشخاص غير معينين من ضمنهم كل الأشخاص الذين يتعاملون مع صاحب الحق. ولا يطلب من الطرف الثانى (الغير) إلا أمر سلبى. ولهذا السبب لا يلتفت اليه عند تصور الحق العينى.

ويرى كابتان أن الحق العينى ليس من الحقوق التعهدية وأنه يختلف من هذه الوجهة عن الحق الشخصى الذى هو حق نسبى أى علاقة بين شخصين تتقيد بمقتضاها حرية أحدهما وتسخر لخدمة الشخص الآخر وهو الذى له سلطة الآمر. وأن الحق العينى كحق الملكية هو حق مطلق وليس علاقة بين أشخاص بل هو ميزة منحت الى شخص كحق الانتفاع والاستمتاع بالشيء. والحق العينى مؤبد يظل باقياً طالما أن محله باق ينتقل من شخص الى آخر الى أن يرث الله الارض ومن عليها. أما الحق الشخصى فهو علاقة مؤقتة بين شخصين تنحل بوقوع أمر محتمل الحصول وهو الوفاء. ويرى كابتان أن القول بأن الحق العينى هو تعهد سلبى من كافة الناس لا يعطى عن الحق العينى فكرة صحيحة لأنه يصور الحق العينى بأنه حالة مضادة للطبيعة تفقد الناس جزءاً من حريتهم فى حين أن الحق العينى هو شرط أساسى للحياة الاقتصادية.

ولكن الواقع هو أن الطرف الثانى — الغير — موجود بطبيعة الحال ووجوده فى الحق العينى هو الذى يميز مالك الشيء من سارقه . لأن السارق تربطه بالشيء علاقة مباشرة فهو حائز كالمالك تماما . والفرق بينهما أن ليس على الغير احترام حيازة المالك . وهذه العلاقة التى تربط المالك بغيره من الناس تظهر عند وجود من لا يريد احترام حق المالك إذ يلزم المعتدى بالتعويضات الناشئة من عدم احترامه لحق المالك . ولا يمكن تصور هذا الالزام لو لم يكن المعتدى (وهو من الغير) متعهداً من قَبل بشيء ما قِبل المالك .

٥ — فى خصائص التعهد العينى والتعهد الشخصى

أولا — الحق التعهدى الشخصى يربط صاحب الحق بشخص أو بأشخاص معينين . أما الحق التعهدى العينى فيربط صاحب الحق بكل الناس (الغير) أى بمجموع غير معين لا يعرف عدده تماماً .

ثانياً — موضوع التعهد العينى ، سلبى دائماً وهو عبارة عن إلزام الغير بالامتناع عن فعل كل ما يضر بصاحب الحق أو يعطل عليه انتفاعه . أما الحق التعهدى الشخصى فهو عبارة عن إلزام المتعهد بعمل ايجابى كدفع مبلغ من النقود مثلا .

وهذه التفرقة تظل باقية حتى لو كان موضوع التعهد الشخصى الامتناع عن عمل معين . وذلك لأن المتعهد بحق شخصى سلبى تتقيد حريته فى حدود هذا الحق فتعهده يمنعه من عمل شيء يبيحه له القانون . وقد أشار العلامة الألمانى سافينى Savigny الى هذا المعنى فى تعريفه للحق الشخصى حيث قال « الحق الشخصى هو الذي يبيح لشخص التسلط على بعض أفعال شخص آخر فتصير هذه الافعال خارجة عن سلطانه وخاضعة لارادة الشخص الأول »

أما التعهد العينى السلبى فهو لا يمس حقوق الناس سواء أكانت طبيعية أم قانونية . وكل ما يطلب منهم هو عدم الاضرار بصاحب الحق وفيما عدا ذلك

تبقى حقوق الناس كاملة .

ثالثاً — موضوع الحق العينى شىء معين إذ لا يمكن تصور تملك شىء لم يعين تماما (م ٢٦٨/٣٣٨ مدنى) أما موضوع الحق التعهدى الشخصى فيكفى أن يكون معيناً بالنسبة لنوعه وكميته كالتعهد بتوريد مائة قنطار قطن . فالتعهد معين فى نوعه لا فى ذاته .

رابعاً — الحق الشخصى ينشىء علاقة مؤقتة . من ذلك مانصت عليه المادة ٤٠٢/٤٩٠ مدنى من أنه لايجوز أن يكون إيجار المستخدمين والعملة والخدمة المنزلية إلا لأجل معين . ويجوز أن يتقيد المتعهد بمدة غير محدودة كما هو الحال فى عقد الوكالة والشركة ولكن يجوز للوكيل أن يعزل نفسه عن الوكالة فى الوقت اللائق (مادة٥٢٢/٦٤٠ مدنى) . ويجوز للشريك أن ينفصل عن الشركة بشرط ألا يكون هذا الانفصال مبنياً على غش ولا فى غير الوقت اللائق (م ٤٤٥ / ٥٤٢ مدنى) . كذلك نصت المادة ٣٦٢ / ٣٤٥ مدنى على أن إجارة الاشياء تكون لمدة معينة . ومع أن الحق الشخصى لايكون مؤبداً إلا أنه ليس من الضرورى أن يكون لوقت معين . وحكم بأن تعهد المستشفى بتخصيص عدد من الأسرة لتمرين طلبة احدى كليات الطب دون تحديد أجل معين هو تعهد صحيح واعتبر العقد الناشىء عن هذا التعهد من العقود غير المسماة (نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٩٠٨ ، ١ ، ٨١) .

أما الحق العينى فينشىء علاقة مؤبدة تبقى على وجه الدهر .

٦ — مقارنة الحق العينى والحق الشخصى من الوجهة العملية

أولا — إذا أفلس تاجر يعامل كل دائنيه معاملة واحدة أساسها المساواة . فلكل دائن الحق فى أن يطالب المفلس بدينه وتكون مراكزهم متساوية ولا تفضيل لأحدهم على الآخر . واذا لم تكف أموال المدين لوفاء ما عليه من الديون تقسم أمواله قسمة غرماء أى أن أموال المدين توزع على الدائنين بنسبة ديونهم

ولكن إذا كان لأحد الدائنين حق عينى بأن كان له بضائع مودعة طرف المفلس أو كان له رهن تأمينى أو حيازى فصاحب الحق العينى يفضل على غيره من الدائنين العاديين الذين يعتبرون بالنسبة له من (الغير) . وبعبارة أخرى الدائن فى الحق العينى يكون له حق امتياز بالنسبة لغيره من الدائنين ،

ثانياً — يجوز لمالك المنقول المسروق أن يطالب به السارق أو من تلقى الحيازة منه . وليس للحائز اذا كان حسن النية أن يطالب المالك بأى شىء. وله فقط أن يطالب السارق بالتعويض إذا أراد. ولا يلتزم المالك بأى شىء قبل الحائز إلا فى حالة ما اذا اشترى هذا الأخير من سوق عام أو ممن يتجر فى مثل هذا الشىء وهو يعتقد ملكيته له، ففى هذه الحالة يلزم المالك بأن يرد الى الحائز المشترى ، الثمن الذى اشترى به الشىء من البائع السارق (م٨٧/١٢٦ مدنى) ويسمى هذا الحق حق التتبع . (droit de suite)

٧ — *فى موضوع التعهد* : يطلق موضوع التعهد على الشىء الذى يستطيع الدائن اقتضاءه من المدين . وقد يكون هـــذا الشىء فعلا إيجابياً fait positif كتنفيذ عمـل أو دفع مبلغ من النقود . وقد يكون فعلا سلبياً fait négatif أى تركا كالامتناع عن فعـل شىء . (بلانيول ج ٢ بند ١٥٩ وما بعده) .

الباب الأول

فى نتائج التعهدات

٨ — **عموميات** : يمكن القول بوجه عام بأن نتيجة التعهد هى التزام المدين بتنفيذ موضوع التعهد . فاذا امتنع المدين باختياره عن اجراء مقتضى التعهد فيجوز للدائن أن يقهره على تنفيذ ماتعهد به بقوة القانون. واذا تعذر التنفيذ عيناً فيجوز للدائن أن يلزمه بدفع التعويضات . وقد رأى القانون ضماناً لهذه الحقوق أن يعطى للدائن الحق فى اتخاذ بعض الوسائل التى تمنع المدين من العبث بأمواله اضراراً بالدائن .

فالقانون أعطى الدائن الحقوق الآتية :— (١) طلب التنفيذ بقوة القانون (٢) طلب التعويض اذا امتنع المدين عن وفاء ما هو ملزم به (٣) حق الدائن فى استعمال بعض حقوق المدين لحفظ أمواله التى هى الضمان العام للدائنين العاديين .

الفصل الاول — فى التنفيذ القهرى

يجب على المدين أن يقوم بتنفيذ ما تعهد به فى الميعاد وبالكيفية المتفق عليهما وإلا يعتبر مقصراً ويلزم بتعويض الضرر .

وحالة التقصير mise en demeure لا تقع بمجرد انقضاء الميعاد الذى كان يجب فيه على المدين القيام بما تعهد به . ولكنها توجد عندما يظهر الدائن رغبته للمدين فى أن يقوم بتنفيذ ما تعهد به ، وذلك بأن يكلفه تكليفاً رسمياً بالوفاء (م ١٢٠/١٧٨ مدنى). وعدم طلب الدائن الوفاء يشعر بعدم تضرره من التأخير وأنه من أجل ذلك لايجوز له مطالبة المدين بتعويض .

٩ — *كيفية اثبات تقصير المدين* . يثبت تقصير المدين بأحدى الطرق الآتية :

(١) الانذار Sommation وهو عبارة عن ورقة يحررها الدائن وتعلن إلى المدين بمعرفة محضر . ولكل دائن الحق فى عمل انذار الى مدينه . وتقوم الرسائل البرقية والخطابات فى المسائل التجارية مقام الانذار (سم ١٢فبراير سنة ١٩١٩ تق ٣١ ، ١٦٥)

(٢) التنبيه Commandement وهو عبارة عن تكليف صادر من الدائن إلى المدين بالوفاء يعلن بمعرفة محضر وهو يحصل بناء على حكم أو سند رسمى [١] مشمول بالصيغة التنفيذية [٢] ويكون دائماً سابقاً على الحجز بأربع وعشرين ساعة على الأقل وإلا كان الحجز باطلا (م ١٤٠/٥٠٢ مرافعات) .

(٣) تكليف المدين بالحضور أمام القضاء Citation en justice اذا رفع الدائن دعوى على المدين فاعلان الدعوى إلى المدين يجعله فى حالة تقصير

ولا نزاع فى أن التنبيه أو التكليف بالحضور أوقع فى نفس المدين من الانذار ، لأن الانذار قد لا يعقبه اجراء آخر .

وقد يثبت تقصير المدين بلا حاجة إلى انذار . ويكون ذلك نتيجة الاتفاق أو بحكم القانون أو اذا كانت صفة التعهد تقتضى ذلك .

(ا) المستثنيات الاتفاقية . يجوز أن يتفق الدائن مع المدين على عدم تحرير انذار لاثبات تقصير المدين فيكتفى باعتباره فى حالة تقصير بمجرد

---

(١) السندات الرسمية المحررة فى المحاكم المختلطة والشرعية والأهلية واجبة التنفيذ بدون حاجة الى استصدار حكم لها . انما يجب لامكان التنفيذ بها أن توضع عليها الصيغة التنفيذية من قلم كتاب المحكمة التى حررت بمعرفته، يستثنى من ذلك السندات المحررة بمعرفة المحاكم الشرعية فتوضع عليها الصيغة بمعرفة المحاكم الأهلية التى يقوم محضروها بتنفيذها

(٢) ونصها « يجب على المحضرين المطلوب منهم تنفيذ هذا الحكم أن يبادروا إلى تنفيذه وعلى النائب العمومى ووكلائه أن يساعدوهم وعلى ضباط العساكر ومأمورى الضبط والربط أن يعاونوهم على اجراء التنفيذ باستعمال القوة الجبرية متى طلبت المساعدة والمعاونة بصورة قانونية »

انقضاء الأجل المتفق عليه كالشرط الوارد فى عقود التأمين الذى يعتبر المستأمن بمقتضاه فى حالة تقصير بانقضاء ميعاد دفع القسط Prime فيسقط حقه فى المطالبة بمبلغ التعويض عند وقوع الفاجعة sinistre دون حاجة الى انذاره بدفع القسط المتأخر .

ويجوز أن لا يذكر شرط عدم الانذار صراحة لكنه يفهم ضمناً . كما لو اتفق فى عقد بيع بأن للمشترى الحق فى أن يرفض استلام البضاعة التى تقدم له فى غير الميعاد المناسب .

(ب) المستثنيات القانونية . يعتبر المدين أحياناً بحكم القانون فى حالة تقصير دون حاجة الى انذاره كما لو هلك الشىء المسروق فى يد السارق فيلزم برد قيمته بلا حاجة الى انذاره . وكذلك من يستولى بسوء نية على شىء مملوك للغير فيلزم برد قيمته، اذا هلك، مع فوائده وثمراته . والوكيل الذى يستعمل فى منفعته الشخصية النقود التى استولى عليها بسبب التوكيل يلزم بفوائدها من يوم استعمالها بلا حاجة الى انذاره (م ٥٢٦/٦٤٦ مدنى) .

(ج) المستثنيات التى ترجع الى صفة التعهد . لا محل للانذار اذا كان مشترطاً حصول الوفاء فى ميعاد معين تضيع بعد انقضائه الفائدة المرجوة من الوفاء . فالوقت هنا يعتبر عنصراً من عناصر التعاقد كما لو كلفت محامياً باستئناف حكم ثم انقضى ميعاد الاستئناف دون أن يستأنف الحكم . أو اذا تعهد شخص بنقل بضاعة فى سفينة معينة ثم أبحرت السفينة دون شحن البضاعة . أو اذا تعهد شخص بتوريد زهور فى مهرجان أو احتفال وانقضى الميعاد دون أن يوردها . أو اذا اتفق شخص مع فرقة ممثلين على تمثيل رواية فى ليلة معينة وانقضى الميعاد دون أن تحضر الفرقة . أو إذا تعهد مقاول باقامة بناء فى معرض لأحد التجار ثم انتهى المعرض دون اقامته . فى كل هذه الأحوال وما يماثلها لا حاجة الى انذار المتعهد .

كذلك لا محل لاثبات تقصير المدين إذا كان موضوع التعهد الامتناع

عن فعل شيء كما لو تعهد شخص بأن لا يقيم جداراً أو بأن لا يمثل فى مسرح أو بأن لا ينشىء محلا تجارياً فى دائرة معينة ثم فعل ما تعهد بالامتناع عن فعله . ولا محل لاثبات التقصير اذا صرح المدين بعدم استطاعته تنفيذ التعهد . (سم أول يونيه سنة ١٩٢١ تق ج ٣٣ ، ٣٥٥) .

١٠ — **فى الآثار المترتبة على اثبات تقصير المدين** : يترتب على اثبات تقصير المدين أنه (١) يلزم بتعويض الضرر الناتج عن عدم قيامه بما تعهد به (٢) يتحمل مسئولية هلاك الشيء . (٣) يجوز للدائن أن يتحصل على إذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين أو بازالة ما فعله مخالفاً لتعهده « وذلك مع مراعاة الامكان بحسب الأحوال » (م ١١٧ / ١٧٤ مدنى) وهو مايسمى بالتنفيذ القهرى . وسنتكلم الآن عن هذه الحالة الأخيرة على أن نعود فيما بعد الى التكلم عن التعويض .

١١ — **فى التنفيذ القهرى** : قلنا أن الدائن له حق التنفيذ القهرى على مدينه « مع مراعاة الامكان بحسب الأحوال » ولمعرفة امكان التنفيذ من استحالته يجب النظر الى موضوع التعهد . لذلك يجب التفرقة بين الأحوال الآتية :

(١) موضوع التعهد نقود . اذا كان موضوع التعهد دفع مبلغ من النقود فمن السهل الالتجاء الى التنفيذ القهرى بواسطة الحجز على أموال المدين وبيعها لتحويلها الى نقود أو بواسطة الحجز على ماله لدى الغير .

(٢) موضوع التعهد تسليم شيء معين . اذا كان موضوع التعهد تسليم شيء معين فيصير التزام المتعهد منحصراً فى التسليم فقط . كما لو باع شخص منقولا فيجب عليه التسليم . فان لم يفعل جاز حصول التسليم بالقوة بواسطة المحضرين بشرط أن لا يكون تعلق لأحد حق عينى عليه . ولذلك يجوز للمودع أن يتسلم الوديعة من الوديع ويجوز للمعير أن يتسلم من المستعير موضوع

العارية . فى هذه الأحوال يجوز للدائن أن يتسلم الوديعة والعارية بالقوة manu - militari . وقد وضع القانون اجراءات خاصة يتبعها المالك كالحجز الاستحقاقى فيما يتعلق بالمنقولات Saisie re-vendication (م ٦٧٨/٧٦٧ مرافعات) .

(٣) موضوع التعهد عمل شىء . اذا كان موضوع التعهد عمل شىء وامتنع المدين عن القيام بهذا العمل فالتنفيذ القهرى مستحيل . وذلك لأن فى الزام المدين بالقيام بعمل رغم ارادته منافاة للحرية الشخصية . وكل فرد له الحرية التامة فى أن لا ينفذ ماتعهد به لكنه يتحمل فى هذه الحالة تبعة امتناعه وهى إلزامه بالتضمينات . على أن للدائن الحق فى أن يكلف غير المدين فى تنفيذ ما تعهد به على مصاريف المدين . وهذه الطريقة لا تصلح إلا اذا أمكن الغير القيام بما تعهد به المدين . فاذا كان لشخص المدين أهمية كمصور شهير لا يتأتى لغيره القيام بما تعهد به فلا تصلح هذه الطريقة . وعلى كل يجب على الدائن أن يتحصل على إذن من المحكمة لترى اذا كانت طبيعة التعهد تسمح لغير المدين القيام به (م ١١٧ / ١٧٣ مدنى) .

(٤) موضوع التعهد الامتناع عن عمل شىء . وحكم هذه الحالة كالحالة السابقة أى أن المدين الذى لا يمتنع عن عمل ما تعهد بالامتناع منه يلزم بالتضمينات . انما يجوز للدائن أن يلجأ الى التنفيذ القهرى . فاذا باع شخص متجراً fonds de commerce وتعهد بأن لا ينشىء محلا باسمه فى دائرة معينة أو اذا تعهد شخص بعدم البناء فيجوز للدائن أن يستصدر إذناً من المحكمة بغلق المحل الجديد أو بازالة البناء على مصاريف المتعهد .

١٢ — **قيام الحكم مقام الوفاء** : يجوز أن يقوم الحكم مقام الوفاء اذا كان الوفاء لا يتطلب من المدين القيام بعمل معين . كما لو تعهد شخص ببيع شىء وأخل بتعهده فيجوز أن ينص فى الحكم على إلزام المتعهد

بتحرير عقد البيع والتوقيع عليه . فان لم يفعل فيعتبر الحكم قائماً مقام عقد البيع (سم ٩ مايو سنة ١٨٩٦ تق ج ٧ ، ٢٦٨) . وتسرى هذه القاعدة على عقد الايجار فاذا تعهد المستأجر أن يوقع على عقد الايجار ثم امتنع عن التوقيع فيجوز للمؤجر أن يطلب من المحكمة الزام المستأجر بالتوقيع . فان امتنع يعتبر الحكم قائماً مقام عقد الايجار (الاستاذ فال . عقد الايجار ج ١ بند ٤٣) .

١٣ — *فى طرق التنفيذ* : بعد هذا البيان نعود الى التنفيذ القهرى فنقول بان هناك طريقتين للتنفيذ وهما (١) الاكراه البدنى Contrainte par corps (٢) التنفيذ على أموال المدين (٣) وقد عمد القضاء الى تصور طريقة ثالثة لقهر المدين على قيامه بنفسه بتنفيذ تعهده وهى التأثير فى ارادته بتهديده بخسارة مالية جسيمة وهى المسماة « التهديد المالى » .

الفرع الأول — فى الاكراه البدنى

١٤ — *الاكراه البدنى* : حرمت القوانين المصرية الاكراه البدنى إلا فى حالتين :

الأولى : بالنسبة لدين النفقة والحضانة والرضاع والسكن إذا امتنع المدين عن الوفاء وهو قادر عليه فيحبس مدة لا تزيد على شهر . ولا يحبس إلا مرة واحدة من أجل الدين الواحد (م ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) .

الثانية : بالنسبة للغرامات التى يحكم بها فى المسائل الجنائية فيحبس مدة لا تزيد على تسعين يوماً فى الجنح والجنايات (م٢٦٧ — ٢٧٣ تحقيق جنايات) وكذلك بالنسبة للغرامات المحكوم بها من لجان مخالفات الرى والشياخات ولجان الجمارك بالقيود المذكورة .

وقد كان الاكراه البدنى جائزاً فى فرنسا لغاية سنة ١٨٦٧ بالنسبة للديون التجارية وبعض الديون المدنية بشرط أن يكون المدين بالغاً وبشرط أن يزيد

الدين على ٣٠٠٠ ف. لكن الدائنين كانوا يلجأون إلى حيلة لامكان التنفيذ على جسم المدين وهى أن يحرروا كمبيالة بالدين . ومعلوم أن الكمبيالة تعتبر دائماً من الأعمال التجارية بقطع النظر عن صفة الدين الذى ترتب على سحب الكمبيالة. فاذا لم يدفع المدين الموقع على الكمبيالة قيمتها جاز التنفيذ عليه بالحبس . وقد ترتب على ذلك أن بعض النساء كن يوقعن على الكمبيالة فكان نصيبهن الحبس عند عدم الوفاء . لذلك اضطر المشرع الفرنسى أن يتدخل فى الأمر حماية للنساء فاعتبر التعهدات المترتبة على الكمبيالة ، أما بطريق القبول أو التظهير، مدنية بالنسبة للنساء غير المحترفات بالتجارة . هذا هو سر تحريم التعامل بالكمبيالات على النساء. وقد أخذ المشرع المصرى بهذه القاعدة فى المادة ١١٤/١٠٩ تجارى .

وقد قام فريق من المفكرين يقول بضرورة الرجوع الى الاكراه البدنى بسبب ما يبدو على بعض الناس من عدم الاكتراث بوفاء تعهداتهم. ويلاحظ فى هذا المقام أن بعض علماء الشريعة الاسلامية كأبى حنيفة وجماعة من أهل العراق قالوا بجواز حبس المدين حتى يفى بما تعهد به الى دائنيه . وكان قدماء المصريين يعتبرون عدم الوفاء جريمة لا تفتدى الا بالنفس فقضوا على المدين بالاسترقاق يتصرف فيه المالك كيف يشاء . وقد أخرج سيزوستريس من السجون جيشاً من المدينين الذين أودعهم الدائنون فيها . ثم أبطل الاسترقاق بعد ذلك انما رؤى حثاً للمدينين على الوفاء أنه لا يجوز الاقتراض الا اذا رهن المقترض فى يد المقرض جثة والده محنطة طبقاً للأصول المتبعة وبأن من مات مديناً أقيمت الدعوى على جثته لكى يقضى عليها بعدم استحقاقها للدفن واقامة أى احتفال بموتها حتى يوفى الدين . وكان وقع هذا الحكم شديداً فكان الورثة يكدون لدفع دين مورثهم ليتخلصوا من العار ويدفنوا الجثة بما يليق لها من الاكرام (فتحى زغلول شرح القانون المدنى ص ٢٨١ و ٢٨٢)

الفرع الثانى — فى التنفيذ على الأموال

١٥ — التنفيذ على الاموال . وهو الطريقة العادية التى تمكن الدائن من الاستيلاء على حقه . ومبنى حق الدائن فى التنفيذ على أموال المدين هو أن المدين يعطى للدائن حق اقتضاء دينه من جميع أمواله ويقول المثل الفرنسى qui s'oblige oblige le sien أى من يتعهد بشىء فان أمواله تتحمل هذا التعهد . ويسمى حق الدائن فى التنفيذ على أموال مدينه « حق الضمان العام droit de gage général » واذا كان هذا الحق يوجد منذ اللحظة التى ينشأ فيها التعهد إلا أن هذا الحق لا يتوكد من دون فرصة تعرض لاستعماله . لذلك يظل هذا الحق بمثابة « حق احتياطى » أو بمثابة سلاح فى متناول الدائن لا يستعمله إلا فى أحوال استثنائية .

ولا يعطى حق الضمان امتيازا للدائن . فاذا لم تكف أموال المدين لوفاء كل ماعليه خضع الدائن لقسمة الغرماء أى توزع أمواله بنسبة ماللدائنين من حقوق دون نظر الى تاريخ نشوءها. وبذلك يتساوى الدين الجديد بالدين القديم .

كذلك لا يعطى حق الضمان حق التتبع، أى أن الدائن لا يستطيع أن ينفذ إلا على الأموال التى ما زالت فى ملك المدين ، وكل ما يخرج من ملكه يخرج من الضمان العام الذى يعتمد عليه الدائن . ويظل المدين متصرفاً فى شئونه. وله أن يتصرف فى أمواله. وله أن يتحمل ديوناً جديدة : ويبقى الحائزون من المدين آمنين على حقوقهم ، مطمئنين على ما فى أيديهم .

واذا كان الأصل أن كل أموال المدين تعتبر ضامنة للوفاء وأن هذا الحق لا يقتصر على الأموال المملوكة للمدين وقت التعهد بل يشمل أيضاً الأموال التى يملكها بعد نشوء التعهد لحين الوفاء، لا فرق فى ذلك بين منقول

وعقار ، إلا أن المشرع استثنى بعض الأموال فقضى بعدم جواز الحجز عليها وهى : —

١٦ — *فيما لا يجوز الحجز عليه* : ١ — النفقات والمرتبات المؤقتة . النفقة المقررة هى المبلغ الذى يحكم به على شخص لمصلحة شخص آخر تقويماً لأوده وسداً لحوائجه الضرورية كالنفقة التى يحكم بها للزوجة أو للأب أو الابن الفقير . والنفقة المرتبة هى ما يلزم بها أحد الخصمين لمصلحة الخصم الآخر حتى يفصل فى النزاع كالنفقة التى يحكم بها لمستحق فى وقف (م ٤٣٦/٤٩٨ مرافعات)

٢ — المصاريف المحكوم بها قضاء . مثل النقود التى تودع فى المحكمة على ذمة خبير .

٣ — المبالغ المودعة فى صندوق التوفير بالبوستة . وذلك حثاً للناس على الادخار . ويلاحظ أن القانون قصر ما يودع من الشخص فى كل سنة على خمسين جنيها ووضع حداً أقصى للايداع فقضى بأنه لا يجوز أن يزيد على مائة جنيه (القانون نمرة ٨ سنة ١٩٠٥) ثم رفع هذا النصاب الى خمسمائة جنيه فى سنة ١٩٣٢

٤ — ريع الموقوف على أعضاء العائلة المالكة ومرتباتهم . لم يجز القانون الحجز على هذه الأموال الا لتسديد الأموال الأميرية . انما يجوز الحجز على مرتبات أفراد العائلة المالكة بقدر الثلث فقط

٥ — الفراش والثياب اللازمة للمدين . تقضى المادة ٤٥٤/٥١٧ مرافعات بعدم جواز الحجز على الفراش اللازم للمدين وأقاربه وأصهاره على عمود النسب المقيمين معه فى معيشة واحدة ، ولا ما عليهم من الثياب والملابس . والمحاكم هى التى تقدر ما يلزم المدين من الفراش حسب مركزه الاجتماعى ويلاحظ أنه يجوز الحجز على ما قد يكون فى جيب المدين من نقود .

٦ — الكتب الضرورية لحرفة المدين والآلات اللازمة للصناع : والمحاكم هى التى تقدر ما هو ضرورى وما هو غير ضرورى للمدين من هذه الاشياء

٧ — ما يملكه المدين العسكرى من المهمات : وهى الملابس والأسلحة والغطاء والفرش والآنية اللازمة لمأكله المملوكة له . وتشمل كلمة عسكرى كل رجال الجيش من ضباط وجنود .

٨ — مؤونة المدين وعائلته : وهى ما قد يوجد فى منزل المدين من غلال ودقيق للمدين وعياله مدة شهر (م ٤٥٥ / ٥١٨ مرافعات)

٩ — ماشية المدين : يجب أن يترك للمدين بقرة واحدة (أوجاموسة) أو ثلاثة من المعز أو النعاج بحسب اختيار المدين ان كان الحجز واقعاً على ماشية فى حيازته ومنتفعاً بها وقت الحجز .

ويلاحظ بالنسبة للأشياء المذكورة رقم ٦ و٧ و٨ و٩ أنه يجوز الحجز عليها لتأدية ايجار مسكن أو أرض أو لايفاء دين نفقة (م٤٥٥/٥١٨ مرافعات)

١٠ — سندات الدين العمومى : تقضى المادة ٩ من القانون نمرة ١٧ سنة ١٩٠٤ بأنه لا يجوز حجز سندات الدين المصرى ولا الكوبونات إلا فى حالتى الضياع أو السرقة . والغرض من عدم جواز الحجز هو توفير الطمأنينة لحملة السندات حتى يقبل الناس على اقتنائها . ويلاحظ أن الممنوع هو حجز الدين أى حجز ما للمدين لدى الغير أما الحجز التنفيذى فيجوز توقيعه اذا عثر المحضر على سندات من هذا النوع لدى المدين

١١ — الماهيات والمرتبات : لا يجوز الحجز على مرتبات موظفى الحكومة إلا فى حالتين (١) اذا كان الدين مطلوباً للحكومة كما لو اختلس الموظف أو أضاع شيئاً من أموال الحكومة (٢) اذا كان سبب الدين نفقة فيجوز الحجز بشرط أن لا يتجاوز ربع المرتب

وتسرى هذه القواعد على جميع مستخدمى الحكومة والمجالس البلدية ومجالس المديريات (القانون نمرة ١٧ سنة ١٩١٨)

أما فيما يختص بالمستخدمين فى غير المصالح الحكومية فيجوز الحجز على مرتباتهم بقدر الخمس من الثمانمائة القرش الأولى وبقدر الربع من الألفى قرش التالية وبقدر الثلث مما زاد على ذلك (م ٤١٤ / ٤٩٦ مرافعات) .

١٢ — الكمبيالات : تقضى المادة ١٤٨ / ١٥٥ تجارى بأنه « لا تقبل المعارضة فى دفع قيمة الكمبيالة إلا فى حالة ضياعها أو تفليس حاملها » ومعنى ذلك أنه لا يجوز لدائن الحامل أن يحجز على مقابل الوفاء الموجود تحت يد المسحوب عليه حتى لا يتعطل تداول الكمبيالات . ويسرى هذا الحكم على السندات الاذنية المعتبرة أوراقا تجارية .

١٣ — السفن المتأهبة للسفر : (م ٢٩ بحرى) لايجوز وضع الحجز على السفينة المتأهبة للسفر إلا اذا كان الدين متعلقاً بتجهيز السفينة انما يجوز تقديم كفيل بتلك الديون .

والملحوظ فى كل هذه الاستثناءات هو إما عاطفة الشفقة على المدين حتى لا يتعرض للعراء والجوع ، وإما فكرة المحافظة على طمأنينة الموظف على مرتبه لحمل الناس على الاقبال على الوظائف ، أو المحافظة على الائتمان وعدم تعطيل الأعمال التجارية .

١٧ — **فى الدائنين ذوى الضمانات الخاصة** . تكلمنا عن الضمان العام الذى للدائن على أموال مدينه . لكن هذا الضمان قد لا يطمئن اليه الدائن . فقد يعتوره نقص بسبب تصرفات أجراها المدين . وهذا النقص ايجابى أى فعلى . وقد يعتوره نقص سلبى بتحمله ديوناً جديدة لذلك يجوز للدائن أن لا يكتفى بهذا الضمان بل يطلب ضماناً خاصاً كالرهن حتى يحتفظ لنفسه بحق التتبع فى حالة تصرف المدين فى الرهن ولكى يطمئن الى عدم اشتراك الدائنين فلا يقتسموا معه أموال المدين .

١٨ — **فى طرق التنفيذ على الاموال** : وكما يجوز التنفيــذ على منقولات المدين يجوز التنفيذ على عقاره بقصد تحويلها الى نقود لدفع ماعليه من الديون . ويكون هذا بواسطة رفع دعوى نزع ملكية . ويشترط فى هذه الدعوى أن تكون مسبوقة بتنبيه وهو عبارة عن اعلان السند الواجب التنفيذ الى المدين ، والتنبيه عليه بالوفاء فى خلال ثلاثين يوماً . ويجب تسجيل هـذا التنبيه فى قلم كتاب المحكمة الذى يقع فى دائرته العقار . وبعد ذلك يرفع الدائن دعوى نزع الملكية بشرط أن لا تتقدم عن الثلاثين يوماً ولا تتأخر عن التسعين يوماً من تاريخ التنبيه .

أما القانون المختلط فلا يقضى برفع دعوى ، بل أن الدائن بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ التنبيه وبشرط أن لا يتأخر عن تسعين يوماً من هـذا التاريخ ، يجرى حجز العقار بواسطة محضر مصحوب بشاهدين .

وبعد الحكم بنزع الملكية أو الحجز على العقار يشرع الدائن فى اتخاذ الاجراءات اللازمة لبيع العقار بالمزاد العلنى . ومن يرسى عليه المزاد يتسلم حكم مرسى بالمزاد الذى تنتقل به ملكية العقار . ثم يوزع الثمن بين الدائنين بالطرق القانونية .

١٩ — **الملكية الزراعية الصغيرة** : رأى المشرع حمــاية لصغار المزارعين عدم جواز التنفيذ على أملاكهم الزراعية اذا كانت خمسة أفدنة فأقل وكذلك على المساكن وملحقاتها ودابتين من الدواب المستعملة للجر والآلات الزراعية اللازمة لتثمير الأرض. لكن المشرع أجاز التنفيذ بالنسبة للديون الآتية :—

(١) المبالغ المستحقة للحكومة (م ٦٠١ / ٧٢٧ مدنى) .

(٢) ثمن المبيع المستحق للبائع أو المبلغ المدفوع من الغير ليد البائع أداء للثمن (م ٦٠١ / ٧٢٧ مدنى) .

(٣) ما يستحقه أحد المتقاسمين قبل الآخر فيما يتعلق بالعقار الذى وقعت عليه القسمة (م ٦٠٢ / ٧٢٨ مدنى) وهو المسمى معدل القسمة.

(٤) النفقات المترتبة على الزوجية وأجرة الحضانة أو الرضاع أو السكن وكذلك ما يكون مستحقا من المهر.

٢٠ — **حق الدائن فى التنفيذ على كل أموال المدين.** القاعدة أن الدائن يستطيع أن ينفذ على كل أموال المدين دون أن يلتزم باتباع نظام أو ترتيب معينين. فللدائن حق الحجز على كل الأموال دفعة واحدة أو على وجه التعاقب أو يقتصر على مال دون آخر [1]. لكن هذه الحرية يرد عليها القيود الآتية:

(١) اذا حصل من البيع مبلغ كاف لتأدية الديون الحاصل بشأنها الحجز والمصاريف، وجب على المحضر الامتناع عن بيع مابقى من الأشياء المحجوزة (م ٤٧٦ / ٥٤٠ مرافعات).

(٢) يجوز للقاضى أن يأمر من تلقاء نفسه ببيع جزء فقط من العقارات اذا رأى أن ثمن ذلك الجزء كاف لوفاء جميع دين طالب البيع وديون الدائنين الذين أعلنوا ورقة التنبيه للمدين والدائنين المرتهنين اذا كانت ديونهم تستحق فى ظرف ستة شهور من يوم تكليف المدين بالحضور أمام المحكمة للحكم بنزع الملكية وبيع العقار (م ٥٥٧ / ٦٢٨ مرافعات)

ويجوز للمدين أن يطالب الدائن بتعويضات بسبب اساءته استعمال حقه فى التنفيذ اذا تبين أن دينه طفيفاً بالنسبة للأشياء التى حصل توقيع الحجز عليها (نقض فرنسى، أودة العرائض ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٣ د، ١٨٩٥، ١، ٥٢٩ وباريس ٢٦ يوليه سنة ١٩١٩ د، ١٩٢٠، ١٠٤).

---

(١) يجوز للدائن المرتهن لعقار أن ينفذ على غير العقار المرهون

الفرع الثالث — فى نظام التنفيذ بالتهديد المـالى

٢١ — **تعريف** : نظام التنفيذ بالتهديد المالى Astreinte هو طريقة لقهر المدين على أن ينفذ عيناً ما تعهد به . وصورته أن تلزم المحكمة المدين بالتنفيذ فوراً أو فى ميعاد معين . وفى حالة عدم تنفيذ أمر المحكمة يلزم بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو أسبوع أو شهر من أيام أو أسابيع أو شهور التأخير . وخوف المدين من أن يعظم هذا المبلغ يدفعه إلى المبادرة بالتنفيذ حتى لا تحل به خسائر مالية فادحة قد تتناول كل ثروته ، اذ ليس فى الوجود ثروة ، مهما عظم قدرها ، تقوى على احتمال هذا العبء المتواصل الزيادة . ولا بد ، فى يوم قريب أم بعيد ، أن يطرح المدين لدَدَه جانباً ، ويلقى سلاحه ، ويسلم بما أمرت به المحكمة .

٢٢ — **فى نشوء نظام التنفيذ بالتهديد** . لا يعتمد هذا النظام على نصوص قانونية صريحة ولكنه من وضع القضاء الفرنسى . وقد بدأت المحاكم الفرنسية فى أوائل القرن التاسع عشر بمنح المدين أجلا قضائياً وعند انتهاء هذا الأجل تحكم عليه بتعويضات مع الترخيص له ، إذا أراد أن يتفاداها ، بوفاء تعهده بالكيفية المتفق عليها . ثم وصل القضاء التهديدَ المالى بالتعويضات فأباح لنفسه حق تقدير الضرر الحالى والمستقبل الذى لحق الدائن بسبب عدم الوفاء وتقديره بمبلغ معين عن كل يوم من أيام التأخير ، على أن يخفض المبلغ الكلى فى حالة عدم الوفاء اذا تبين انه مبالغ فيه . ثم تدرج القضاء فى نظام التهديد وأغرق فى تقدير التعويضات حتى استحالت الى عقوبة غير متناسبة مع الضرر وجعلها غير مقيدة بزمان بزعم أنه كلما كان التهديد جسيما ودائماً عظم الأمل فى قيام المدين بالتنفيذ . وقد يزداد

مقدار هذا الجزاء المالى اذا لم يحدث أثراً فى ارادة المدين رغم انقضاء فترة من الزمن . ثم فرقت المحاكم الفرنسية أخيراً بين التعويض والتهديد المالى حتى انها تحكم بالاثنين معاً فى وقت واحد . بمعنى أن التعويض يبقى حقاً مكتسباً للدائن ، ويزول التهديد المـــالى اذا نفذ المدين الحكم فى غضون مدة معينة .

٢٣ — **فى الاحوال التى يسرى عليها نظام التهديد** . تسرى هذه النظرية على التعهدات التى يكون موضوعها غير نقود [١] ، كالتعهد بتسليم شيء أو رد شيء غيبه المدين أوكامتناع شركة انارة عن تقديم الـكهرباء الى أحد المشتركين [٢] . وكالتعهد بفعل شيء مثل هدم حائط أو تمثيل دور فى رواية [٣] أو كالالتزام بعدم وضع عقبات تعوق استعمال حق المرور فى أرض الغير . وكالالتزامات التى يكون مصدرها ارتكاب جريمة مثل تقليد ماركة تجارية وكالالتزامات القانونية مثل التزام أحد الخصوم برد أو تقديم مستندات أو وثائق فى حيازته [٤] .

---

(١) استئناف مختلط ، مجلة التشريع والقضاء ٣ ابريل سنة ١٩١٣ ج٢٥ ، ٢٨٦ .

(٢) من أشهر القضايا التى فصل فيها القضاء الفرنسى دعوى أقامها صاحب فندق على شركة الـكهرباء بباريس . فقد رفض الاول أن يدفع ثمن الـكهرباء بحجة أنه يزيد على الثمن الواجب دفعـــه . تلقاء هذا قطعت الشركة الـكهرباء عن الفندق . وحكمت محكمة السين التجارية بالزام الشركة بتوريد الـكهرباء فى مدة معينة والا التزمت بدفع ألف فرنك عن كل يوم من أيام التأخير . فلم تذعن الشركة لهذا الأمر . والتجأ صاحب الفندق مرة ثانية الى المحكمة ، وطلب الحكم على الشركة بمبلغ عشرة آلاف فرنك عن كل يوم من أيام التأخير وحكمت له المحكمة بذلك . وأيد هذا الحكم من محكمة الاستئناف ورفعت الشركة نقضا عن هذا الحكم فرفض (غرفة العرائض أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ د ٩٨، ١، ٢٨٩)

(٣) ألزمت محكمة السين الآنسة راشل الممثلة الشهيرة بدفع مائتى فرنك عن كل يوم تمتنع فيه عن تمثيل دور فى رواية (محكمة السين ٢١ أكتوبر سنة ١٨٥٤ د ، ٥٤ ، ٣، ٨٠) وأيدت محكمة استئناف باريس حكما قاضياً بالزام الممثل الشهير كوكلان بأن يدفع ٥٠٠ فرنك عن كل مرة يمثل فيها فى مسرح خلاف مسرح الكوميدى فرانسيز وذلك لمدة ٣٠ يوماً (باريس ٢١ ابريل سنة ١٨٩٦ د، ٩٧ ، ٢ ، ١٧٧)

(٤) نقض فرنسى مدنى ٧ نوفبر سنة ١٩٢٣ د ، ١٩٢٦ ، ١ ، ١٧١ . وطبقت

وطبقت المحاكم المصرية نظام التهديد المالى فى دعاوى الحساب المقامةعلى نظار الوقف كأن تلزم الناظر بتقديم حساب فى ظرف مدة معينة مع الزامه بدفع جنيهين عن كل يوم من أيام التأخير [١]. وفى حالة اغتصاب أرض الغير بالزام المغتصب بدفع خمسمائة قرش عن كل يوم من أيام التأخير فى تسليم الأرض [٢] والزام تاجر بتسليم بضاعة والزامه بدفع ألف قرش عن كل يوم من أيام التأخير [٣]

٢٤ — **فى خصائص نظام التهديد المالى** . لا يعتبر التهديد المالى تضمين ضرر حاصل للدائن . فهو لا يتصل بأى وجه من الوجوه بنظرية التعويضات ولكنه بطبيعته وسيلة تهديدية يراد بها الحمل على ارادة المدين لقسره على تنفيذ ماالتزام به شخصياً . ينبنى على هذا أن التهديد المالى ليس قطعياً فيجوز تناوله بالزيادة أو النقصان أو الحذف بتاتاً . وقد استقر القضاء المصرى على هذه القاعدة [٤] فهو نوع من الوعيد الجسيم غير المتناسب مع ماالحق الدائن من ضرر . وقد يمنح التهديد المالى بالرغم من انعدام الضرر

المحاكم الفرنسية نظام التهديد فى مسائل الأحوال الشخصية كتسليم الطفل الى من له حق الحضانة . والزام الزوج بالعودة الى منزل الزوجية .

(١) استئناف محكمة مصر العليا ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ مجلة الحقوق ج ٢٠ ص١٣٣

(٢) استئناف مختلط ١٦ ينـاير سنة ١٨٧٩ مجموعة رسمية مختلطة ج ٤ ص ٩٧

(٣) استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩١٠ مجموعة رسمية مختلطة ج ٢٤ ص١٣٠

(٤) استئناف مختلط مجلة التشريع والقضاء ١١ يونية سنة ١٩١٧ ج ١٨ ص١١٤ و١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٥ ج ٨ ص ٣٩ . ومحكمة استئناف مصر ١٢ يناير سنة ١٩٠٤ مجلة المحاكم ج ١٦ ص ٣٨١ و١١ يونية سنة ١٩١٧ مجموعة رسمية عدد ١١٤ السنة الثامنة عشرة والزقازيق الابتدائية ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ مجموعه رسميه ١٩٠٩ عدد ٩٠ واستئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٧٩ مجموعه رسمية مختلطة ج ٢ ص ١٣٠ واستئناف مختلط مجلة التشريع والقضاء ٧ يونية سنة ١٩١٠ ج١٢ ص ٣٢٠ و١٠ يناير سنة ١٩١٠ ج ١٣ ، ١٠٨ و٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ ج ٤١ ص٦١ و١٨ ابريل سنة ١٩٢٩ ج ٤١ ص ٣٦٦ و٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ ج٤٣ ص ١٠ و٢٤ مارس سنة ١٩٣١ج ٤٣ص ٣٠٩ و٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ ج ٤٤ ص ٩٦

الحالى كلية (١) . ويختلف مبلغ التهديد تبعاً لوسائل المدين المالية حتى يحقق التهديد الغرض المقصود منه . والتهديد غير معين فى الأصل من حيث المدة. وقد ترى المحكمة أن تحدده بمدة معينة .

٢٥ — **فى تبرير نظام التهديد المالى** : من العسير أن نجد فى القانون المصرى مبرراً قانونياً لهذا النظام . وقد نقلته المحاكم المصرية عن المحاكم الفرنسية ولم تحاول أن تستند الى نص فى القانون لتبرير العمل به .

يعتمد أنصار نظام التهديد المالى فى فرنسا على المادة ١٠٣٦ من قانون المرافعات الفرنسى التى تقضى بأن للمحاكم بالنسبة للقضايا المنظورة أمامها ، الحق فى اصدار أوامر من تلقاء نفسها . وان للمحاكم ، بناء على هذه المادة ، الحق فى الحكم بتهديد مالى . والمحاكم عندما تصدر هذا الحكم لا تستعمل ولاية القضاء jurisdictio أى الفصل فى المنازعات بحكم قضائى بل ولاية الأمر imperium وهى تبيح العمل بكل الطرق الممكنة لايصال الحقوق فعلا الى أربابها (٢)

ويرى الشراح فى فرنسا أن المادة ١٠٣٦ مرافعات فرنسى لا تشير الى أكثر من حفظ النظام فى الجلسة police de l'audience أو بالأحرى الوسائل التى يجوز للمحاكم اتخاذها لكشف الحقيقة فى الدعاوى القضائية ، وأن قانون تحقيق الجنايات يعطى للمحاكم هذا الحق . والقول بأن نظام التهديد أساسه المادة ١٠٦٣ مرافعات فرنسى معناه أن المحاكم تملك من تلقاء نفسها النطق بالتهديد ، وهو مالم يقل به أحد . فالمحكمة لا تحكم بالتهديد إلا بناء على طلب أحد الخصوم وإلا اعتبرت مجاوزة طلبات الخصوم uitra petito ويضيفون الى ما تقدم أن مبدأ فصل السلطات يحرم المحاكم

---

(١) نقض فرنسى أودة العرائض ٦ ابريل سنة ١٩٠٠ د ، ١٩٠٠ ، ١ ، ١٦٧

(٢) أنظر مقالة الاستاذ اسمان فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩٠٣ ص ٥ Revue Trimestrielle de Droit Civil

من سلطة التشريع وأن التهديد عقوبة ، ولا عقوبة بلا نص . وأن التهديد اجراء غير قانونى ، قد يكون مفيدا من الوجهة العملية ، ولكن هذه الوجهة يجب أن يعنى بها المشرع ، ويعمل على تحقيقها من طريق التشريع كما فعل المشرع الألمانى (كاتبان ج ٢ ص ٢٦) .

ونرى أن الانتقادات الموجهة الى نظام التهديد مبالغ فيها . فمن الخطل القول بأن المحاكم ، بأخذها بنظام التهديد ، تطغى على اختصاص السلطة التشريعية . لأن المحاكم عند ما تقضى بالتهديد لا تشرع بصفة عامة ولكنها تصدر أمراً ، فى حالة معينة، خاصاً بأفراد معينين . ولا يصدرهذا الأمر بصفة قطعية ، بل بصفة مؤقتة . إذ أن المحكمة تملك سحب هذا الأمر اذا نفذ المدين تعهده ، ولا تقصد المحكمة سوى منع الاضطراب الاجتماعى المترتب على عدم تنفيذ أحكامها . ومن جهة أخرى قد لا يكفى التعويض لارضاء الدائن الذى يطلب تنفيذ التعهد بذاته . وليس من المعقول أن تحول سوء نية المدين دون تنفيذ ما تعهد به [1] . لأن هذا يعتبر مخالفة صريحة لقانون التعاقد . وليس من المقبول القول بأن المدين يستطيع أن يتهرب من تعهده لأنه غنى يستطيع أن يدفع التعويض أو أنه فقير فيكون بمنجاة من كل جزاء . من أجل ذلك عملت المحاكم على ايجاد نظام التهديد والأخذ به فى الأحوال التى لا تستطيع فيها أن تقضى بالتعوض اللازم .

الفرع الرابع — فى اعسار المدين

٣٦ — **فى تعريف الاعسار** يعتبر المدين فى حالة اعسار اذا صارت أمواله المنقولة والعقارية غير كافية لايفاء الدائنين مالهم فى ذمته .

---

(١) لا يجوز الحكم بالتهديد المالى إلا إذا تبين سوء قصد المدين . فاذا استحال التنفيذ عينا بسبب بيع الشىء موضوع الاسترداد فلا محل للحكم بالتهديد المالى (استئناف مختلط ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ مجله التشريع والقضاء ج ٤٢ ص ٣٠٤)

٢٧ — **فى الفرق بين الاعسار والافلاس** : الاعسار خاص بغير التجار . أما التجار فقد وضع لهم القانون نظام الافلاس . ولم يُعن القانون بمسائل الاعسار ، بل اكتفى ببيان بعض أثاره فى مواضع متفرقة فى القانون المدنى ، لا تكفى فى مجموعها لايجاد نظام يخضع له المدين المعسر . لذلك لا يتضمن الاعسار تطبيق اجراءات خاصة بتصفية أموال المعسر بل يكفى فى تصفيتها اتباع الكيفية والقواعد التى تتبع قبل المدين الموسر . والمدين المعسر لا ترتفع يده عن ادارة أمواله بل يظل مديراً لها ومتصرفا فيهابعقود التبرعات والمعاوضات . ولا تكون هذه التصرفات عرضة للبطلان إلا فى الحدود الضيقة التى رسمتها الدعوى البوليسية . كما أنها تخضع للقيود المقررة بنص القانون لأنواع الحجوزات المختلفة أثناء تدرجها وتطورها . ويحتفظ كل دائن بازاء مدينه المعسر بحق مقاضاته واتخاذ مايراه من الاجراءات للمحافظة على حقوقه والحصول على أقصى ما يمكن من الوفاء مع تحميل الدائن تبعة مايجريه فى هذا الشأن

ولم تغب عيوب هذه الحالة عن نظر الباحثين منذ أمد مديد بسبب قسوتها المتناهية للمدين لما يترتب عليها من تعدد القضايا ، ومبادرة الدائن بالحصول على حكم يمكنه من الاختصاص بكل أو بعض عقارات مدينه المعسر . ويتعذر مع هذه الحالة اجراء تسوية ودية بين المدين ودائنيه لأن التسوية تقتضى موافقتهم الاجماعية وهى عسيرة الحصول وتفضى هذه الحالة الى القضاء على المدين فتباع كل أمواله ولا يتبقى له شىء يعينه على النهوض من كبوته واستعادة حياته المدنية اللائقة به. ومن جهة أخرى يتسع الوقت للمدين لتغييب أو تبديد صفوة أمواله . وتنعدم المساواة بين الدائنين فى استيفاء حقوقهم من المدين . واذا كان الدائن الذى يبادر بالحجز لا يتميز على غيره من الدائنين الذين يتدخلون فى اجراءات التوزيع فى الوقت المناسب إلا انهم قديجهلون ماحدث بسبب انعدام اجراءات الاشهار

وبسبب اهتمام كل دائن بشأن نفسه واهماله مصير غيره . مما ينبنى عليه أن يستوفى أمهر الدائنين وأسرعهم فى اتخاذ الاجراءات حقوقه كاملة ، ولا يحظى أرفقهم وأقومهم أخلاقا بشىء من حقوقه

وبسبب هذه العيوب الظاهرة وضع نظام الافلاس حماية للدائنين من تدليس المدين التاجر وتحقيقا للمساواة بين الدائنين ورفقا بالمدين فيسمح له بالصلح مع دائنيه محافظة على مستقبله ، وتمكيناً له من الوفاء بالتزاماته

٢٨ — **فى الآثار المترتبة على الاعسار** : يترتب على الاعسار الآثار الآتية : —

(١) اذا بيعت أموال المدين وكان المتحصل من ثمنها أو من الحجز على ما له لدى الغير غير كاف لوفاء ديونه فيحصل التوزيع بين الدائنين وفقاً لقواعد قسمة الغرماء المبينة فى قانون المرافعات فى المادة ٥١٣ / ٥٧٧ وما بعدها .

(٢) تحل الديون المؤجلة وتصير مستحقة الاداء حالا (م ١٠٢ / ١٥٦ مدنى) .

(٣) اذا أعسر المشترى واتفق على أجل لدفع الثمن فيجوز للبائع حبس المبيع عنده ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن (م ٢٨١ / ٣٥٣ مدنى) .

٢٩ — **هل يثبت الاعسار بحكم قضائى** : حالة الاعسار ، كحالة الافلاس [١] لا تثبت بحكم قضائى متى كانت الوقائع المكونة لها ، من الظهور والاستفاضة ، بحيث لا تحتاج الى دليل . انما اذا نازع الخصوم فى

---

(١) يعترف القانون التجارى المصرى ، خلافا للقانون التجارى الفرنسى بالافلاس الفعلى وفى هذا تقول المادة ٢١٥/٢٢٤ تجارى « يجوز للمحكمة الابتدائية حال نظرها فى قضية معينة ، وللمحاكم التأديبية (المقصود الجنائية) حال نظرها فى دعوى بجنحة أو بجناية أن تنظر أيضا بطريق فرعى فى حالة الافلاس état de faillite وفى وقت وقوف المدين عن دفع ديونه اذا لم يسبق صدور حكم باشهار الافلاس أو سبق صدوره ولم تعين المحكمة بحكم آخر وقت الوقوف عن دفع الديون »

صحة الوقائع المكونة للاعسار فلا معدى من عرض الأمر على القضاء للفصل فى هذا النزاع . والحكم الذى يصدر فى هذه الحالة يعتبر مقرراً لحالة موجودة من قبل لا منشئاً لحالة جديدة . يترتب على ذلك أن سقوط الأجل المبنى على اعسار المدين لا يقع بناء على حكم ، بل يقع بحكم القانون . وهو ما يترتب عليه امكان حصول المقاصة بين المعسر ودائنه عن دين فى ذمة الأخير لم يحل أجله بعد . ولتوضيح ذلك نضرب المثل الآتى : بكر مدين لخالد بمقتضى سند مستحق الوفاء بعد ثلاثة شهور . ثم اشترى خالد بضاعة من بكر بقيمة هذا السند . فاذا أعسر بكر استطاع خالد أن يحتج عليه بسقوط الأجل الممنوح له . ويصير دينه حالا وتقع المقاصة بما يوازى ثمن البضاعة التى اشتراها .

الفصل الثانى — فى التعويضات

٣٠ — تعريف وتقسيم : التعويض هو المال الذى يجب دفعه لمن وقع عليه ضرر ممن كان سبباً فيه وينشأ الضرر فى المعاملات من عدم الوفاء بالتعهد كله أو بعضه أو من تأخيره عن الأجل المتفق عليه . فالتعويض فى التعهدات نوعان (١) تعويض عدم الوفاء (٢) وتعويض التأخير

(١) تعويض عدم الوفاء . هو مقدار النقود التى تقدر بها مصلحة الدائن فى وفاء التعهد . أو هو المبلغ الذى يستولى عليه الدائن الآن بسبب عدم تنفيذ التعهد فالدائن يحصل على القيمة النقدية للوفاء بدل حصول الوفاء بالذات

(٢) تعويض التأخير . هو مقدار النقود التى يقدر بها الضرر الذى أصاب الدائن بسبب التأخير فى الوفاء

وتظهر فائدة هذه التفرقة عند ما يكون موضوع التعهد مبلغا من النقود فلا يستحق الدائن الا تعويض التأخير . وتفاديا من تقدير مبلغ الضرر فى كل حالة يتأخر فيها المدين عن الوفاء وما فى ذلك من صعوبة وضع القانون

قواعد عامة لتقدير هذا التعويض وهى الفوائد القانونية التى يستحقها الدائن فى حالة التأخير . فاذا كان موضوع التعهد شيئاً خلاف ذلك فيكون التعويض عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الربح بشرط أن يكون ذلك ناشئاً عن عدم الوفاء مباشرة وأن يكون الضرر متوقع الحصول عقلا وقت التعاقد .

الفرع الاول — فى شروط استحقاق التعويض

٣١ — **فى شروط التعويض** : لا يستحق التعويض الا اذا توافر شرطان بوجه عام وهما : —

أولا — أن يلحق الدائن ضرراً من عدم الوفاء .

ثانياً — أن يكون عدم الوفاء منسوباً إلى فعل المدين أو خطئه . زائداً الى هذا أنه لا تستحق التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل أو بجزء المتعهد به أو التعويضات المترتبة على تأخير المدين الا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً . وبعبارة أخرى يجب ثبوت تقصير المدين (م١٢٠/١٧٨م) ولنتكلم أولا عن الشرط الأخير .

٣٢ — **فى ثبوت تقصير المدين** (١) اذا رفض المدين من تلقاء نفسه أن ينفذ التعهد فلا تستحق التضمينات الا اذا كلف بالوفاء تكليفاً رسمياً(١) لكى يفهم المدين أن الدائن لا يرضى بهذا التأخير . لكن اذا كان عدم الوفاء بسبب خطأ المدين أو اذا اشترط فى العقد عدم حصول التكليف فلا داعى للتكليف الرسمى بالتنفيذ .

٣٣ — **وجود ضرر** (١) لا يستطيع الدائن أن يحصل على تعويض اذا لم يلحقه ضرر من عدم الوفاء أو التأخير ، ولأنه بدون هذا الشرط لا يكون له حق رفع الدعوى Sans intérêt ، pas d'action

(١) سم ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ تق ج ٣٨ ، ٢٩٣

وقد أشار القانون الى التعويض فى المواد ١٢١ و ١٢٢ / ١٧٩ و ١٨٠ م فقال « التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء .

« ومع ذلك اذا كان عدم الوفاء ليس ناشئاً عن تدليس من المدين فلا يكون ملزماً الا بما كان متوقع الحصول عقلا وقت التعاقد » لذلك يكون التعويض عبارة (أ) عما أصاب الدائن من الخسارة perte faite; damnum emergens (٢) وما فاته من الربح gain manqué : lucrum cessans

واذا كان للدائن حق الحصول على ما فاته من الربح وما أصابه من الخسارة الا أن هذا الحق يرد عليه ثلاثة قيود وهى (١) لا يلزم المدين الا بتعويض الضرر المتوقع الحصول عقلا وقت التعاقد يستثنى من ذلك حالة التدليس حيث يلزم فيها بتعويض الضرر غير المتوقع الحصول (٢) لا يسأل المدين فى جميع الأحوال إلاَّ عن الضرر المباشر المتأتى من عدم الوفاء (٣) لا يلزم المدين فى الاصل الاّ بتعويض الضرر الحال (٤) قد يحدد المتعاقدون سلفاً مقدار التعويض وهو ما يسمى « الشرط الجزائى » .

٣٤ — **فى الضرر المباشر** : تقول المادة ١٢١ / ١٧٩ م بأن التعويض لا يستحق الا عن الضرر الناشئ مباشرة عن عدم الوفاء . فاذا كانت الخسارة التى حلت بالدائن غير متصلة بطبيعتها بفعل المدين بل ترجع الى أسباب أخرى فلا يسأل المدين عنها . مثلا . باع تاجر بقرة مصابة بالطاعون مع علمه بذلك ثم وضعها المشترى مع ماشيته فسرت اليها العدوى ونفقت . فالبائع يتحمل نتيجة هذا العمل ويلزم بتعويض الضرر وهو ثمن الماشية النافقة . ولكن اذا لم يزرع المشترى أرضه بسبب عدم وجود ماشية لديه ولم يستطع أن يوفى ما عليه من الديون ثم نزعت ملكية أرضه وبيعت بالمزاد العلنى بثمن بخس ثم ضاقت فى وجهه السبل وآثر الموت على الحياة وانتحر فكل هذه الأشياء

لا تعتبر نتائج مباشرة لبيع البقرة الموبوءة . كذلك اذا لم يقم مؤجر منزل بما تعهد به قبل المستأجر فاضطر هذا الأخير أن يقيم فى منزل آخر . فيلزم المؤجر بتحمل نفقات نقل الأثاث ، لأن نفقة النقل هى نتيجة مباشرة لاخلال المؤجر بتعهده . ولكن اذا سكن المستأجر فى منزل تبين أنه موبوء بالجدرى وتوفى ابنه بهذا المرض فلا يعتبر ذلك نتيجة مباشرة لاخلال المؤجر بتعهده .

٣٥ – فى الضرر المتوقع الحصول وقت التعاقد : على أن القانون عمل على حماية المدين الحسن النية فقضى بأنه لا يلزم دائماً بتعويض الضرر المباشر بل يلزم بتعويض الضرر المتوقع الحصول عقلا وقت التعاقد[1] (م ١٢٢/١٨٠م ويلاحظ أن كلمة تدليس الواردة فى المادة ليس معناها الطرق الاحتيالية بل معناها سوء النية) أما اذا كان المدين سيئ النية فهو يتحمل كل النتائج المباشرة التى تترتب على عمله الاختيارى حتى لو كانت هذه النتائج غير منظورة أى غير متوقعة الحصول وقت التعاقد . فالمدين السيئ النية أى الذى يتعمد الحاق الضرر بالغير بارتكاب جريمة أو جنحة أو شبه جنحة يعامله القانون بشدة ويحمله النتيجة المباشرة لفعله ولنورد الآن بعض الأمثلة : —

تعهد بكر بتوريد بضاعة الى خالد واتفقا على شرط جزائى فى حالة التأخير ثم اتفق بكر مع زيد على توريد هذه البضاعة دون أن يخطر هذا الأخير بالشرط الجزائى ولم يقم زيد بوفاء ما تعهد به . فلا يستطيع بكر فى هذه الحالة أن يطالب زيداً بقيمة الشرط الذى يجب عليه أن يدفعه الى خالد (د، ٩٤، ١ ، ٣٩٥) .

تأخر أمين نقل فى نقل بضاعة وبسبب هذا التأخير فسخ العقد المبرم بين المرسل والمرسل اليه . فلا يعتبر أمين النقل مسئولا عن نتيجة فسخ العقد (د، ١٩١١، ٢٠٨) .

---

(١) سم ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ تق ج ٣٦ ، ١٤٠ وسم ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ تق ج ٣٧ ، ٥١

ضاعت حقيبة من أمين نقل كان بها مسودة كتاب كان يرجو مؤلفه من ورائه ربحا طائلا فلا يلزم أمين النقل بتعويض هذا الضرر بل يلزم بدفع ثمن ما يوضع عادة فى حقائب المسافرين من طبقة صاحب الحقيبة .

٣٦ — فى الضرر الحال أو المستقبل : لا يكون التعويض الا عن ضرر فعلى لحق الدائن ولا يستطيع القاضى أن يمنح تعويضاً عن ضرر احتمالى أو فرضى (نقض فرنسى ١٥ مارس سنة ١٨٩٢ د ، ١٨٩٢ ، ١ ، ٣٠٣) الا أنه من جهة أخرى يجوز للقاضى أن يمنح تعويضاً عن ضرر مستقبل اذا توافر شرطان أولهما امكان التحقق سلفاً من وقوع ضرر مستقبل . والثانى استجماع القاضى العناصر التى تمكنه من تقدير التعويض . وبهذه الكيفية يراعى المستقبل بالقدر الذى تسمح به عناصر التقدير التى يملكها القاضى . والقول بخلاف ذلك يلزم الدائن بتجديد دعواه فى أوقات متقاربة للحصول على تعويض عن الفترات السابقة . وفى هذا من الظلم والسخف ما لا يخفى .

٣٧ — فى الشرط الجزائى Clause pénale يتفق العاقدان أحياناً على مقدار التعويض فى حالة عدم الوفاء أو فى حالة التأخير فى الوفاء وذلك بأن يعينا فى العقد مقدار التعويض وهو مايسمى «الشرط الجزائى» وهذا الشرط ذائع الاستعمال حيث تضعه شركات النقل ومصلحة السكة الحديد ومصلحة البريد فى عقودها لتقدير مقدار التعويض سلفاً فى حالة ضياع البضاعة أو الطرود أو الرسائل. وتنص اللوائح التى يضعها أرباب الأعمال لتنظيم العمل فى مصانعهم ومتاجرهم على توقيع غرامات مالية على العمال فى حالة مخالفتهم لنصوص هذه اللوائح . وكذلك تنص عقود التوريد وعقود مقاولات المبانى على دفع مبلغ معين من النقود عن كل يوم من أيام التأخير فى التسليم أو فى الوفاء . وقد أشار القانون المدنى الى الشرط الجزائى فى المادة ١٢٣ / ١٨١ فقال « اذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحاً به فى العقد أو فى القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . وأشارت المادة ٩٨/١٥٢م

الى الشرط الجزائى فقالت « اذا كان التعهد بشىء معين مقرر حكمه فى القانون أو متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزاء للمتعهد عند عدم وفائه بشىء متعهد به فى الأصل كان الخيار للمتعهد اليه فى طلب وفاء التعهد الأصلى أو التعهد الجزائى بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً » والظاهر أن القانون المصرى أراد أن يعتبر التعهد المقترن بشرط جزائى تعهداً تخييرياً alternative وهذا غير صحيح لأن المدين ليس له الخيار بين تنفيذ التعهد أو دفع التعويض، اذ يجوز الزام المدين بتنفيذ التعهد اذا كان التنفيذ ممكناً . كذلك لا يعتبر هذا التعهد تخييرياً بالنسبة للدائن لأنه لا يستطيع أن يطالب المدين بالجزاء إلا اذا لم يقم المدين بتنفيذ التعهد الأصلى . وليس الجزاء المتفق عليه الا أسوأ سبيل pis aller يسلكها الدائن الذى لم يحصل على وفاء التعهد الأصلى (بلانيول ج ٢ بند ٢٥٩)

٣٨ — *فى فائدة الشرط الجزائى* . يفيد الشرط الجزائى فى تحقيق الاغراض الآتية :

ا — ازالة كل صعوبة بالنسبة لتقدير مقدار الضرر الذى أصاب الدائن بسبب عدم الوفاء أو التأخير فى الوفاء .

ب — يمنع من التقاضى أو على الأقل يمنع من تعيين آل خبرة

ج — قد يعطى الشرط الجزائى الى شخص حق المطالبة بتعويض كان يتعذر عليه المطالبة به لو لم يوجد هذا الشرط . فمن يتعاقد باسم الغير لا يرتبط شخصيا بشىء ما قبل من تعاقد معه . فاذا أخفق الطرف الأول فى الحصول على موافقة من تعاقد باسمه فلا سبيل للطرف الثانى عليه . ولكن اذا اتفق على تعويض يدفع فى حالة عدم حصوله على قبول الغير فيجوز المطالبة بهذا التعويض عند عدم قبول الغير .

٣٩ — *فى شروط استحقاق الشرط الجزائى* . بما أن مقدار التعويض المتفق عليه جاء بدلا عن التعويض الذى كان يحكم به عند التقاضى فالدائن

لا يستحق هذا التعويض الا اذا توافرت الشروط الواجب توافرها عند طلب التعويض وهى ثبوت تقصير المدين ووجود ضرر وأن يكون عدم التنفيذ بفعل المدين أو بخطئه الا اذا كان اتفق على تحمل المدين خطر الحوادث القهرية

وجود ضرر. هل يجوز البحث فيما اذا كان الدائن قد أصابه ضرر من عدم قيام المدين بوفاء تعهده أو بسبب تأخيره فى الوفاء ؟ أن وجود الضرر الفعلى شرط أساسى لاستحقاق مقدار التعويض المتفق عليه . لأن التعويض لا يكون الا عن ضرر لحق الدائن (١) . أما تحديد التعويض سلفاً فالغرض منه تلافى ما قد ينجم فيما بعد من الصعاب عند تقدير هذا التعويض وقد أخذت بهذا الرأى دوائر محكمة الاستئناف الأهلية مجتمعة فى حكمها الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ حيث قالت « ان وجود الضرر الفعلى شرط واجب لاستحقاق التعويض » ولكن الرأى الراجح فى فرنسا قضاء وعلماً هو أن التعويض يستحق ولو لم يلحق الدائن ضرر من عدم الوفاء أو التأخير فى الوفاء (أو برى وروج ٤ بند٢٠٩ وبلانيول ج ٢ بند ٢٥٥ وكابتان ج ٢ ص ٧٥ وبودرى ج ٢ بند ١٣٧٣)

٤٠ — **تعديل مقدار التعويض** . هل يعتبر الشرط الجزائى قانون المتعاقدين بمعنى أن المحكمة لا تملك تعديله بل تحكم به متى ثبت لها أن المدين لم ينفذ ما تعهد به ؟ تقول المادة ١٢٣ / ١٨١ مدنى بأنه اذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحاً به فى العقد أو فى القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأ كثر . ومع أن عبارة القانون صريحة الا أن المحاكم قضت بأنه اذا ثبت للمحكمة أن مقدار التعويض المتفق عليه بين المتعاقدين

---

(١) سم ٢٩ مايو سنة ١٩٢٣ تق ٣٥ ، ٤٦٧ وسم ١٨ مارس سنة ١٩٢٥ تق ج ٣٧ ، ٢٨٦

جائر وغير معقول وغير متناسب بالمرة مع الضرر الذى حصل. فعلا للمتعهد اليه بسبب عدم الوفاء، أى اذا ثبت لها أن الشرط الجزائى شرط تهديدى فقط، فنى هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تعدل مقدار هذا التعويض وتقدره حسب ما يظهر لها من ظروف ووقائع الدعوى المطروحة أمامها (دوائر محكمة الاستئناف الأهلية مجتمعة ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ [١]) ولكن المحاكم المختلطة استقرت أخيراً على أنه اذا لحق الدائن ضرر فلا يجوز للمحاكم أن تحكم بأقل من الشرط الجزائى المتفق عليه (سم الدوائر المجتمعة ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤، ١٤٥)

وتملك المحاكم تعديل الشرط الجزائى فى الأحوال الآتية: —

(١) إذا كان موضوع التعهد دفع مبلغ من النقود فلا يجوز الاتفاق على شرط جزائى يزيد على المائة تسعة فاذا اتفق على خلاف ذلك وجب تعديله إلى ٩ ٪ (م١٢٥ / ١٨٥ مدنى)

(٢) إذا تعمد المدين عدم الوفاء أو إذا ارتكب غشاً فيجوز تعديل الشرط الجزائى الى أكثر. وذلك لأنه مما يخالف النظام العام أن يستطيع المدين فى نظير تعويض طفيف يتفق عليه سلفاً أن يتنصل من النتائج المترتبة على عدم الوفاء (م ١٢٢ / ١٨٠ مدنى) ويعتبر الخطأ الجسيم فى حكم الغش وحكم بأنه اذا اشترط فى عقد النقل البحرى دفع مبلغ معين فى حالة ضياع البضاعة فان هذا التحديد لا يرفع مسئولية الناقل بسبب خطئه الجسيم (سم ١٠ فبراير سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية المختلطة ج ١١، ٩٢).

(٣) إذا قام المدين بالوفاء بصفة جزئية فيجوز للمحاكم أن تحكم بتخفيض الشرط الجزائى (سم ٤ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ج ١٤، ٨١؛ وتق ١٧ ابريل سنة ١٩١٢ ج ٢٤، ٢٨٣، وسم ٩ فبراير سنة ١٩٢٢

---

(١) مجموعة أحكام الدوائر المجتمعة ص ٥٨ المطبعة الاميرية سنة ١٩٢٨

تق ج ٣٤ ، ١٥٥) انما يشترط فى هذه الحالة توافر الشروط الاتية : —

ا — أن يقبل الدائن هذا الوفاء الجزئى (م ١٦٨ / ٢٣١ مدنى) .

ب — أن يكون الوفاء الجزائى فى مصلحة الدائن وإلا فلا محل لتخفيض الجزاء. فاذا تعهد رسام أن يرسم صورة واتفق على جزاء فى حالة عدم الوفاء ورسم الرســـام نصف الصورة فقط فيلزم بدفع كل التعويض لأن الوفاء الجزئى لا يفيد الدائن مطلقا .

ويكون تخفيض الجزاء بنســبة العمل الذى قام به المدين فاذا قام بنصف العمل وكان مفيداً خفض التعويض المتفق عليه بمقدار النصف .

ج — لا يجوز الاتفاق سلفاً فى عقود استئجار الأشخاص على عـدم استحقاق تعويض فى حالة الفسخ . واعتبرت المحاكم المختلطة أن هذا الاتفاق مخالف للنظام العام (سم ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ تق ج ٣١ ، ١٦٧)

٤١ — **عدم التنفيذ بفعل المدين أو بخطئه** . (٣) لا يكفى أن يكون هناك ضرر اصاب الدائن لأجـل أن يستحق التعويض بل يجب أن يكون عدم الوفاء منسوباً الى المدين فاذا منع المدين عن الوفاء بحادث قهرى زالت مسئوليته .

وفيما عدا هذه الحالة يعتبر عدم الوفاء منسوباً الى المدين إما نتيجة غشه أو خطئه

٤٢ — **فى الغش** . والمقصود بالغش هنا هو تعمد المدين عدم الوفاء فأساسه نية فاعله ، وسوء النية يظهر دائماً بجلاء . والمدين الذى يثبت قبـله سوء النية يكون مسئولا عن تعويض الضرر المباشر الناتج عن عدم قيامه بما تعهد به .

٤٣ — **فى الخطأ** . أما الخطأ فهو لا يظهر بهذه السهولة بل يحتاج الى تقدير دقيق . لأن ما يمكن اعتباره خطأ يختلف باختلاف مهارة الناس وتفاوتهم فى العناية بما يعهد اليهم من الأعمال . ولذلك كان يقسم المتقدمون من علماء

القانون الخطأ إلى ثلاثة أنواع وهى : —

(١) الخطأ الجسيم faute lourde وهو الذى لا يرتكبه أقل الناس اهتماماً بشئونه الخاصة culpa lata

(٢) الخطأ الطفيف faute légére وهو الخطأ الذى يرتكبه الفرد العادى عند قيامه بشئونه الخاصة culpa levis .

(٣) الخطأ التافه fauie très légère وهو الذى قد يقع ممن كان حريصاً على شئونه ساهراً على مصالحه levissima culpa

وكانوا يعتبرون المدين مسئولا عن الخطأ الجسيم اذا كان التعهد فى مصلحة الدائن فقط كالوكيل بلا أجرة . فاذا كان التعهد فى مصلحة الدائن والمدين معاً يكون المدين مسئولا عن خطئه الطفيف كالاجارة والبيع. واذا كان التعهد فى مصلحة المدين فقط فهو يسأل عن الخطأ التافه كعارية الاستعمال.

وقد أخذ بوتييه Pothier بهذه النظرية . وقد كانت محل انتقاد كثير من علماء القانون حتى وصفها بعضهم بأنها « تضلل كل من يسترشد بها » لذلك لم يأخذ القانون الفرنسى بهذه النظرية وقرر فى المادة ١١٣٧ بأن المدين يسأل عن الخطأ الذى لا يقع من شخص ذى عائلة يرعى مصلحة عائلته (سم ٤ مايو سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ و ٣٨١) . un bon père de famille والمقصود هو الشخص ذو الذكاء العادى الذى لا يجاوز الحد فى رعاية شئونه فلا يفرط ولا يقتر كل التقتير بل يسلك سبيلا وسطاً فى ادارة أمواله [1] . ولا ينظر فى تقدير الخطأ الى كون التعهد فى مصلحة أحد المتعاقدين أو فى مصلحتهما

---

(١) حكم تطبيقاً لهذه القاعدة بأنه اذا كان من المألوف بيع القطن تحت القطع فان معظم البيوع تحصل وقت جنى القطن بالسعر السائد فى السوق . ورب العائلة الرصين لا يعمد الى الطريقة الأولى لانطوائها على المضاربة التى لا تخلو من أخطار بسبب تقلبات الاسعار مما قد يترتب عليه خسارة جسيمة أو ربح باهظ (سم ٤ مايو سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ و ٣٨١)

سوياً بل ينظر فيما اذا كان سلوك المدين فى تنفيذ التعهد هو مسلك الرجل الحسن التصرف أم لا . لذلك لا يسأل المدين عن الخطأ التافه إلا فى حالة ارتكابه جريمة .

بعد أن قرر المشرع الفرنسى هذه القاعدة الأساسية أتى ببعض استثناءات تنم عن تأثره بالنظرية القديمة وتدل على أنه يرى صحة تقسيم الخطأ الى مراتب ودرجات .

وليس للمادة ١١٣٧ مقابل فى القانون المصرى . الا أن المشرع المصرى حذا حذو المشرع الفرنسى فى باب الاستثناءات فدل بذلك أنه يرى صحة تقسيم الخطأ إلى درجات . أما الاستثناءات الواردة فى القانون المصرى فهى : —

(١) الوديعة . تقضى المادة ٥٩٢/٤٨٥م بأن « حافظ الوديعة مسؤول عما يقع منه فى شأنها من التقصير الجسيم » وتقضى المادة ٥٩٨/٤٨٩ م بأن « حافظ الوديعة الذى يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الايداع كصاحب خان أو أمين نقل أو نحوهما ضامن لهلاك الوديعة إلا إذا أثبت أن الهلاك حصل بسبب قوة قاهرة » أى أن الوديع اذا كان يستولى على أجرة يسأل عن خطئه الطفيف .

(٢) الوكالة . تقضى المادة ٥٢١/٦٣٨ و٦٣٩م بأن « الوكيل مسؤول عن تقصيره الجسيم وعن عدم وفائه التوكيل باختياره وهو مسؤول أيضاً عن تقصيره اليسير إذا كان له أجرة متفق عليها » .

(٣) عارية الاستعمال . تقول المادة ٥٦٨/٥٦٩م بأن « المستعير ضامن لضياع الشىء المستعار أو نقصان قيمته الحاصل بتقصيره ولو كان التقصير يسيراً »

وعلى كل فالمرجع فى تقدير مسئولية المدين الى تقدير الحاكم .

٤٤ — فى الحوادث القهرية : قلنا أن المدين لا يلزم بالتعويض إذا كان

عدم الوفاء أو التأخير يرجع الى حادثة قهرية . والحوادث القهرية تشمل العوارض والقوة القاهرة التى تمنع المدين عن الوفاء وهى المعبر عنها cas fortuit; force majeure وقد سوى القانون فى ترتيب المسئولية بين العوارض وأحوال القوة القاهرة . ومن العسير أن نفرق تماماً بين العوارض والقوة القاهرة لذلك سنطلق عليها الحوادث القهرية » [1].

ويشترط فى الحادث القهرى المبرىء لذمة المدين من التعويض ، توافر الشروط الآتية : —

(١) أن لا يكون منسوباً إلى المدين (٢) أن يكون غير متوقع الحصول (٣) أن يكون من المستحيل منع وقوعه . ولنتكلم الآن عن كل شرط من هذه الشروط

أولا : يجب أن لا يكون الحادث منسوباً إلى فعل المدين . فاذا وقع الحادث القهرى بناء على طلبه أو بفعله فلا تبرأ ذمته من المسئولية . فرب العمل الذى يترتب على سوء معاملته للعمال اضرابهم لا يستطيع أن يعتبر الاضراب قوة قاهرة

كذلك الافلاس لا يعتبر قوة قاهرة لذلك لا يستطيع المدين أن يتنصل من المسئولية بسبب افلاسه . وذلك لأن الافلاس ليس فى ذاته قوة قاهرة بل هو فى الغالب نتيجة سوء تصرف التاجر . وقد كان فى مقدوره أن لا يجلب على نفسه الافلاس لو أنه أحسن التصرف

ثانياً : يجب أن يكون الحادث غير متوقع الحصول . فاذا كان فى الاستطاعة التنبؤ به فلا يعتبر حادثاً قهرياً لأن المدين فى هذه الحالة كان فى مقدوره أن يتخذ ما يلزم من الوسائل لتلافى حصول هذا الحادث . وقد اعتبرت المحاكم الفرنسية أن مرض المدين لا يعتبر حادثاً قهرياً فى التعهدات التى يكون

---

(١) عرف الاستاذ جوسران القوة القاهرة بأنها الحادث الذى يقع فجاءة ، المنبعث من الخارج فيقتحم دائرة التعاقد (ويسميها بعض علماء الشريعة الجائحة) وعرف الحادث العرضى بأنه الحادث المنبعث من داخل المنشأة entreprise فى داخل دائرة التعاقد (ج٢ بند ٤٥١ و ٦١٤)

موضوعها دفع مبلغ من النقود . وذلك لأن المرض هو من الأشياء المتوقعة الحصول (د ، ١٩١٢ ، ١ ، ١٨١) وحدث فى فرنسا أن شركة كهرباء للانارة وضعت فى عقودها أنها غير مسئولة عن انقطاع النور بسبب القوة القاهرة ، ثم قام مقاول سكة حديد ببعض أعمال على مقربة من أسلاك شركة الانارة ترتب عليها انقطاع الأسلاك . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسئولية الشركة وذلك لأن أعمال السكة الحديد كانت متوقعة الحصول منذ زمن بعيد وأن الشركة تعلم ذلك . وتعلم أن هذه الأعمال تقتضى تغيير موضع الأسلاك فكان يجب عليها أن تتخذ ما يلزم من الاحتياط لمنع انقطاع النور وهو ما لم تفعله الشركة (د ، ١٩٠٣ ، ١ ، ٣٤٧)

ثالثاً : لا تبرأ ذمة المدين الا اذا كان الحادث القهرى بطبيعته يمنع تنفيذ التعهد (سم ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ ، ٢٧٩) . فلا يكفى أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل التنفيذ عسيراً (سم ٧ مايو سنة ١٩٢١ تق ج ٣٣ ، ٣٠٨) أو يحمل المدين أكلافاً كثيرة اذا كان من الممكن التغلب على هذا الحادث ببذل قليل من المجهود أو ببذل بعض نقود (سم ١٣ يونيه سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ ، ٤٨١)

كذلك لا يعتبر الحادث القهرى مبرئاً لذمة المدين إلا اذا كان مستمراً فاذا كان الحادث مؤقتاً فيجب على المدين أن يبادر بالوفاء عقب زواله مباشرة . واذا وقع الحادث القهرى بعد التعاقد فيجب على المدين أن يبذل أقصى جهده ليخفف من آثاره : مثلا ، باع مزارع قطنه بيعاً آجلا وقدر أن المحصول سيكون كذا قنطاراً ثم طرأت آفات سماوية أتلفت المحصول . حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المزارع كان يجب عليه أن يخطر المشترى فوراً (أول مارس سنة ١٩٠٥ تق ج ١٧ ، ١٣٨)

ويلاحظ أن المدين لا يلزم باتخاذ وسائل غير عادية لمنع الضرر المترتب على الحادث القهرى . وكل ما يلزم به المدين هو أن يتخذ الاحتياطات العادية

ولا يوجد مقياس لتعرف الحوادث القهرية. فالمرجع فى تعرفها تقدير ظروف كل حالة. ولنأت الآن ببعض الأمثلة : —

ا — الحوادث الطبيعية : الزلازل والحوادث السماوية بشرط أن تكون غير مألوفة فى محل الوفاء. فهبوب الرياح الشديدة والامطار الغزيرة اذا كانت مألوفة لا تعتبر من الحوادث القهرية

وقيام زوبعة فى البحر لا يعتبر حادثاً قهرياً اذا حدث الغرق بسبب خطأ القبطان.

والفيضان الشديد لا يعتبر حادثاً قهرياً اذا كان من الأحداث المألوفة

والسبب فى ذلك هو أن الانسان يعمل دائماً على جعل البيئة الطبيعية التى يعيش فيها ملائمة لحياته الاقتصادية

ب — تغيير الظروف المادية التى تجعل التنفيذ مستحيلا . مثال ذلك اتفق مقاول مع مالك منزل على أن يقوم بنقش المنزل ثم سقط المنزل بعد ذلك، فلا يلزم المالك بشىء ما قبل المقاول

ج — حوادث الحريق. لا يعتبر الحريق حادثاً قهرياً اذا وقع باهمال المدين.

د — المرض والاوبئة . لأجل اعتبار المرض من الحوادث القهرية يجب النظر فى موضوع التعهد، ونية المتعاقدين. فاذا كان التعهد متعلقاً بايجار أشخاص فيقول القانون فى المادة ٥٠٢/٤١١ م « ينفسخ استئجار الصانع بموته أو بحادثة قهرية منعته عن العمل وفى هذه الحالة على صاحب العمل أن يأخذ ما ينفعه مما استحضره الصانع من المهمات بما اشتراه به الصانع من الثمن »

والممثل الذى يمنعه المرض من التمثيل لا يلتزم بشىء ماقبل مدير المسرح. وحدث فى فرنسا أن مؤلفاً تعهد بتأليف رواية وتقديمها فى تاريخ معين الى

مدير مسرح . واتفقا على شرط جزائى . لكن المؤلف لم يستطع أن يتمم الرواية فى الميعاد المتفق عليه لمرض أصابه فى أسنانه اقتضى اجراء عملية جراحية . وقد اعتبرت المحكمة أن ألم الأسنان حادث قهرى يمنع من الاشتغال بالأعمال العقليه (د ، ١٩١٠ ، ٢ ، ٢٩٢) . أما اذا كان موضوع التعهد مبلغاً من النقود ، فلا يعتبر المرض حادثاً قهرياً . وذلك لأن المدين كان فى استطاعته أن يكلف اخر بالدفع نيابة عنه . وقد تجاوزت المحاكم الفرنسية حد المعقول فحكمت بأن المستأمن الذى لم يتمكن من دفع قسط التأمين بسبب اصابته بشلل فى يوم استحقاق الدفع لا يستطيع أن يحتج بوقوع حادث قهرى (د ، ١٩١٢ ، ١ ، ١٨١) .

واعتبرت المحاكم أن الأوبئة من الحوادث القهرية . وحدث أن ممثلا رفض أن يمثل مرة بسبب انتشار حمى التيفود فاعتبرت المحكمة هذه الحالة قوة قهريه .

هـ — الحوادث الزمانية . تعفى السرقة الوديع من رد الوديعة . (م ٤٨٥/ ٤٩٣ وتراجع المادة ٤٨٩ / ٥٩٨ مدنى) .

و — الأوامر الحكومية . fait du prince يجوز أن تصادر الحكومة أشياء معينة أو تنزع ملكية عقار أو تمنع انشاء بعض الصناعات أو تحرم تصدير بعض السلع أو تقفل محلا بالطرق الادارية كمسرح . فكل هذه الظروف التى تمنع المدين من الوفاء تعتبر من الحوادث القهرية .

ز — الحرب والغزوات . الحرب والاضطرابات العامة وسطو العصابات المسلحة تعتبر من الحوادث القهرية .

لكن الحرب ليست دائما سبباً فى عدم تمكن المدين من القيام بتعهداته فقد تكون الحرب مانعة أحياناً من تنفيذ التعهد كما لو دخل العدو مدينة فلا يلزم المستصنع بدفع أجور الصناع اذا دعى رب العمل الى التجنيد

واضطر الى غلق مصنعه فلا يلزم بدفع تعويض بسبب عدم انذاره العمال فى الوقت المناسب . واذا قفلت السلطة العسكرية مسرحاً فلا يلزم المستأجر بدفع أجرة الى صاحب البناء القائم فيه المسرح . واذا أطلقت المدافع على مدينة واضطر الناس الى الفرار منها فلا يلزمون بدفع أجور منازلهم مدة غيابهم القهرى . وتصفية السلطة العسكرية لأملاك الأعداء تمنعهم من القيام بتعهداتهم (سم ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٦ تق ، ٢٩ ، ١٠٧) .

لكن الحرب لا تعتبر قوة قاهرة اذا ترتب عليها صعوبة التنفيذ أو كثرة أكلافه . كذلك لا يستطيع المدين أن يحتج بالحرب اذا كان فى استطاعته أن ينفذ تعهده قبل الحرب ،

ح — الاضراب . اذا كان الاضراب عاماً يشمل كل العمال الذين يشتغلون فى الصناعة كلها فيعتبر قوة قاهرة . ولكن اذا شمل جزءاً من العمال فلا يعتبر قوة قاهرة . واذا حدث الاضراب بخطأ رب العمل أو سوء ادارته فلا يعتبر أيضاً قوة قاهرة

٤٥ — **متى يكون المدين مسئولا فى حالة الحوادث القهرية** . يصير المدين مسئولا فى حالتين وهما (١) حالة الاتفاق (٢) اذا ثبت تقصير المدين بتكليف رسمى ووقعت بعد ذلك الحادثة القهرية

٤٦ — **فى تعويض الضرر المعنوى** : [1] قد يضار الشخص بواسطة القذف فى شرفه وشهرته واعتباره أى فى ثروته المعنوية ، وقد يضار فى وجدانه ومشاعره كفقد قريب . ومن المتفق عليه أن الضرر الذى يصيب الشخص فى ثروته المعنوية يستحق التعويض . ويرى بعض الشراح أن الضرر الذى يصيبه فى مشاعره لا يستحق تعويضا نقدياً بسبب ما يبدو على هذا التقدير من مسحة الغرامة ، وبسبب تعذر تقويم هذا الضرر بمال لانعدام مقياس

---

(١) من القواعد الشرعية أن المنافع الأدبية لا تقام لاجلها دعوى ولا بد لقبول الدعوى من الادعاء بمال ومن أجل ذلك وجدت دعوى المسخر

مشترك بين الحدين . وهذا مما يجعل تقدير التعويض تعسفياً . إلا أن القضاء الفرنسي جرى على منح تعويض بسبب المصالح الوجدانية intérêt d'affection بحجة ان القانون لم يفرق فى المادة ١٥١ مدنى بين الضرر المالى والضرر المعنوى . واذا كان التعويض الذى يطلبه أقارب المجنى عليه فى حادثة ليس صورة صحيحة للضرر الواقع ، فهو يعتبر مقابلا له على وجه التقريب ، ويمثل ثمن الحزن (نقض فرنسى جنائى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٣ د ، ١٩٢٤ ، ١ ، ٦٩) واعتبر القضاء الأهل أن الضرر المعنوى الذى يلحق الأب بسبب موت ابنه يصح أن يكون أساساً للحكم بالتعويض (استئناف ١٧ مارس سنة ١٩١٠ مجموعة رسمية أهلية عدد ١١١ السنة الحادية عشرة)

ولكن هل يستحق التعويض عن الضرر المعنوى المترتب على التعاقد ؟ يرى البعض أن القانون أشار الى « مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب » وأن التعويض لا يكون إلاّ عن خسارة مالية . لذلك لا يجوز تعويض الضرر المعنوى لعدم النص عليه فى القانون . إنما يلاحظ أن التعويض المعنوى المترتب على التعاقد يتصل دائماً بخسارة مالية لحقت الدائن بسبب عدم تنفيذ التعاقد كما لو رفض صيرفى أن يدفع شيكا مسحوباً من أحد عملائه رغماً من وجود مقابل وفاء الشيك لدى الصيرفى فامتناع المسحوب عليه عن الوفاء يلحق بالساحب ضرراً مادياً فوق الضرر المعنوى الذى يلحقه وهو شعوره بالمذلة والهوان .

وقد رفض القضاء الفرنسى أن يقضى بتعويض بسبب امتناع شخص عن تسليم صور عائلية ، ليس لها قيمة ذاتية ، تعهد بتسليمها بحجة أن عدم الوفاء لم يترتب عليه ضرر يمكن تقويمه بالمال (د ، ٧٤ ، ١ ، ٣٦٠)

إلا أنه من جهة أخرى تمنح المحاكم تعويضاً فى المسائل الآتية (١) إذا طرد مستصنع عاملا بلا وجه حق فيمنح تعويضاً نظير الضرر الأدبى الذى لحقه فوق تعويضه عن الضرر المادى (د ، ١٩٠٤ ، ١ ، ١٤٩) (سم ٢٠

يونية سنة ١٩٢٨ تق ج ٤٠ ، ٤٣٨)

(٢) إذا عهد مدير مسرح الى أحد الممثلين بتمثيل دور معين وقام بتمثيله على الوجه اللائق فلا يجوز للمدير بعد ذلك أن يعهد الى غيره بتمثيل هذا الدور

والرأى الصحيح هو أن المحاكم عند تقدير التعويض يجب أن تعير الجانب المعنوى شيئاً من الأهمية

٤٧ — **فى الاتفاق على عدم المسئولية** : هل يجوز الاتفاق على عدم مسئولية المدين عما يقع منه أومن أحد عماله من الخطأ ؟ يجب أن نفرق بين هذه الحالة والتأمين على الحوادث ، مثل تأمين سائق السيارة على الحوادث التى تقع على الغير بخطئه . فالتأمين تعاقد صحيح يعفى السائق من المسئولية قبل المجنى عليهم حتى لو كان فى حالة سكر أثناء قيادته . ومؤدى هذا التعاقد أن المؤمن يدفع إلى المجنى عليه تعويضاً عن الضرر الحاصل له فى نظير قسط prime يدفعه المستأمن الى المؤمن فى مواعيد دورية . أما الحالة التى نحن فى صددها فهى الاتفاق الحاصل بين المدين والدائن (أى الشخص الذى قد يكون فى يوم ما ضحية هذا المدين) على عدم مسئولية المدين بسبب الضرر المترتب على خطئه . تفصل المحاكم بين الخطأ الجسيم والخطأ الطفيف وتجيز الاتفاق على عدم المسئولية بسبب ارتكاب المدين هـذا النوع الأخير من الخطأ . أما بالنسبة للخطأ الجسيم فلا يجوز الاتفاق على تنصل المدين من المسئولية بسببه . ويعتبر الخطأ الجسيم كالغش Culpa lata proxima dolo . فكما أن الانسان لا يجوز له أن يتفق على عدم تحمله مسئولية ما يقع منه من الغش فكذلك لا يجوز له أن يتفق سلفاً على عدم مسئوليته عن الخطأ الجسيم . وهذه التفرقة تستند على المعقول لأنه اذا جاز أن يتفق المدين على عدم مسئوليته بسبب ما يرتكبه من الخطأ المألوف فلا يمكن أن يشمل عدم المسئولية ما يقع

منه من الخطأ الجسيم وذلك لأنه يتعين على المدين أن يبذل حداً أدنى من العناية لتنفيذ ما تعهد به . ولا يجوز التسامح معه الى مادون هذا الحد . كذلك لا يستطيع المدين أن يتنصل سلفاً من المسئولية بسبب غشه ، أى تقصيره المتعمد كما لو اشترط أن يحتفظ لنفسه بحق عدم الوفاء ، وإلا كان معنى ذلك وضع الدائن تحت رحمة المدين أى تعليق الالتزام على شرط ارادى .

على أن المحاكم الفرنسية قضت فى أول الأمر بتحريم شرط عدم المسئولية اذا ثبت لديها عدم التكافؤ بين الدائن والمدين بكيفية تجعل هـذا الأخير غير قادر أن يناقش الشروط التى يعرضها الأول [١] . كالشروط التى تضعها شركات النقل بالنسبة لضياع وتلف البضاعة . وقد عدلت محكمة النقض الفرنسية عن رأيها [٢] وفسرت شرط عدم المسئولية بأنه لا يترتب عليه الاعفاء من المسئولية بل عكس حمل الاثبات أى أنه ينهض قرينة على أن التلف سببه قوة قاهرة أى أنه لا يقضى للمرسل اليـه البضاعة بتعويض إلا اذا أثبت وجود خطأ منسوب الى أمين النقل أوعماله . ويعاب على هذا الرأى أنه تفسير غير صحيح لشرط عدم المسئولية لأن ما يصيب البضاعة من تلف لا يمكن اثباته إلا بمعرفة عمال أمين النقل . لذلك يتعذر اقامة الدليل على الخطأ . وقد أخذت المحاكم المختلطة بهذا الرأى فاعتبرت أن الشرط صحيح ويترتب عليه فقط عكس حمل الاثبات وأنه يجب اثبـات خطأ أمين النقل (سم ٥ فبراير سـنة ١٩١٩ تق ج ٣١ ، ١٤٩ وتق ١٩ ابريل سنة ١٩٢٣ ج ٣٥ ، ٣٨٧) .

٤٨ — **فى اثبات التعويض** الدائن هو الذى يكلف باثبات مافاته من الربح وما أصابه من الخسارة . وعلى كل فالمحكمة هى التى تقدر فى النهاية

(١) نقض فرنسى ٢٦ يناير سنة ١٨٥٩ د ، ٥٩ ، ١ ، ٦٦

(٢) نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٧٤ د ، ١٤ ، ١ ، ٣٠٥

مقدار ما يستحقه من التعويض ، معتمدة فى ذلك على ظروف الحال . فاذا اتفق شخص مع مدير فرقة تمثيل على إحياء ليلة ثم أخل المدير بتعهده فيجوز للمتعهد أن يطالب المدير بما صرفه من المصروفات لتأجير مسرح وللاعلان فى الصحف . كذلك يجوز له أن يطالب بما فاته من الربح ، لكن هذا الربح لا يمكن تعيينه بالدقة الحسابية والمحكمة هى التى تقدر ظروف الحال وتقدر ما فات المتعهد له من الربح . والمشترى الذى يدفع ثمن البضاعة ثم لا يسلمها اليه البائع يجوز له — اذا كان تاجراً — أن يطالب برد الثمن وبالربح الذى كان يعود عليه من بيع هذه البضاعة .

الفرع الثانى — التعويضات المتعلقة بالنقود

٤٩ — **فى خصائص التعويضات المتعلقة بالنقود .** لا تعطى التعهدات التى يكون موضوعها مبلغاً من النقود حق المطالبة بتعويض عدم الوفاء ولكنها تعطى حق المطالبة بتعويض التأخير . وذلك لأن الدائن يستطيع أن ينفذ على أموال مدينه ويقتضى منها دينه .

والتعويضات التى تستحق بسبب تأخير المدين فى دفع مبلغ من النقود تختلف عن تعويضات عدم الوفاء من الوجوه الآتية : —

(١) كيفية اثبات تقصير المدين .
(٢) عدم اشتراط توافر الضرر .
(٣) كيفية تقدير التعويض .
(٤) تقييد حرية المتعاقدين فى تقدير مقدار الضرر .

٥٠ — **فى كيفية اثبات تقصير المدين .** تقضى المادة ١٢٤/١٨٢ مدنى بأنه اذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم فتكون فوائده مستحقة

من يوم المطالبة الرسمية Demande en Justice فقط اذا لم ينص العقد أو الاصطلاح التجارى أو القانون فى أحوال مخصوصة بغير ذلك » وقد قصد القانون أن لا تستحق الفوائد إلا من يوم المطالبة الرسمية أى من يوم اقامة الدعوى محافظة على مصلحة المدين لكى يتجلى له بكيفية لا تدع مجالا للشك أن الدائن يقصد بصفة جدية وقطعية أن تحتسب عليه الفوائد ابتداء من هذا اليوم ، وأنه اتخذ الاجراءات القانونية التى تبيد كل شك قد يعلق فى ذهنه[1]. لذلك لا يكفى الانذار أو التنبيه الحاصل بناء على سند واجب التنفيذ لسريان الفوائد (سم ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٨ تق ج ٣١ ، ٧٦) وفى هذا تختلف المطالبة بالفوائد عن المطالبة بتعويض عدم الوفاء .

مستثنيات : يقوم الانذار مقام المطالبة الرسمية فى الأحوال الآتية :[2]

(١) إذا لم يحصل الاتفاق فى عقد البيع على احتساب فوائد الثمن لا يكون للبائع حق فيها إلا إذا كاف المشترى بالدفع تكليفاً رسمياً mise en demeure أو المبلغ الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى (٣٣٠/٤١٠ مدنى)

(٢) يجب على حافظ الوديعة أو حارسها أن يرد محصولها ونتائجها وعليه فوائد النقود المودعة عنده من وقت مطالبته بردها مطالبة رسمية mie en demeure (٤٩٣/٦٠٢ مدنى)

(٣) على الوكيل أن يدفع فوائد المبالغ المقبوضة من يوم مطالبته رسمياً mise en demeure أو من يوم استعماله لها لمنفعة نفسه . وله الحق فى فوائد النقود التى دفعها بسبب التوكيل من يوم دفعها (٥٢٦/٦٤٦ مدنى)

٥١ — فى عدم اشتراط توافر الضرر : تقول المادة ١٢٤/١٨٢ مدنى

---

(١) أخذ القانون الفرنسى بهذه القاعدة لغاية سنة ١٩٠٠، وهذه القاعدة من آثار كراهية الربا والخوف من زيادة الدين بسبب تجمع الفوائد . وعدل القانون الفرنسى فى ٧ ابريل سنة ١٩٠٠ فقضى بأن الانذار يكفى لبدء سريان الفوائد .

(٢) سم ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ تق ٣٦ ، ١١٠

إذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من الدراهم فتكون فوائده مستحقة Les intérêts sont dus » دون أن تشترط وقوع ضرر على المدين . ومعنى ذلك أن الدائن الذى يطالب مدينه بتعويض التأخير لا يكلف باثبات حصول ضرر له بسبب هذا التأخير . فالتأخير من يوم المطالبة الرسمية يكفى لاستحقاق الفوائد . والسبب فى ذلك هو أن الدائن يترقب ميعاد الاستحقاق فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يقتضى دينه من المدين وقع عليه ضرر بسبب هذا التأخير لأن النقود بطبيعتها يسهل تثميرها ولأن المألوف بين الناس أن لا تعطل نقودها وفى تأخير المدين عن الوفاء ما يفوت على الدائن فرصة توظيف هذه النقود فى عمل منتج . كذلك قد يتعذر على الدائن أن يثبت الكيفية التى كان يريد أن يثمر بها نقوده . ولا حاجة بنا الى القول بأن المدين يعفى من دفع الفوائد إذا تبين أن تأخيره فى الوفاء كان مترتباً على قوة قاهرة أو حادث عارضى .

٥٢ — *كيفية تقدير التعويض* : حدد القانون مقدار التعويض أى الفائدة التى يلزم المدين بدفعها فى حالة التأخير وهى ٥ ٪ فى المواد المدنية و٧ ٪ فى المواد التجارية إلا إذا حصل الاتفاق على خلاف ذلك . لكن لا يجوز أن تزيد الفائدة المتفق عليها على ٩ ٪ (م ١٢٤ و١٢٥/١٨٢ و١٨٣ مدنى) ولهذا التحديد فوائد كثيرة لأنه يوفر على المحاكم مشقة تقدير الضرر الذى أصاب الدائن بسبب عدم الدفع . كما أن هذا التحديد لا يضر الدائن لأنه يستطيع أن يقترض من الغير فى حالة تأخير المدين ما يحتاج اليه من نقود بهذه الفائدة القانونية .

ولا يجوز للمحاكم أن تقضى بأقل أو بأكثر من الفائدة القانونية بزعم أن تأخير المدين ألحق بالدائن ضرراً خاصاً كما أنه لا يجوز لها من باب أولى أن ترفض الحكم بالفوائد بسبب صفة الدين الأصلية .وقد كان تحديد الفائدة

فى المواد التجارية محلا للنقد [1] فى فرنسا مما ترتب عليه الغاء هذا التحديد فى سنة ١٨٨٦ .

٥٣ — متى يجوز للدائن ان يستولى على تعويض اضافى : الأصل أن الدائن لا يجوز له أن يطالب بأكثر من الفائدة القانونيـة حتى لو كان الضرر الذى لحقـه بسبب تأخير المدين يزيد على هذه الفائدة . لكن هذه القاعدة يرد عليها الاستثناءات الآتية :

(١) إذا استطاع الدائن أن يثبت أنه بسبب سوء نية المدين وتعمده عدم الوفاء أو بسبب خطئه الفاحش (سم ١٠ يناير سنة ١٩٢٩ تق ج ٣٦ ، ١٤٤) لحقه ضرر مستقل عن التـأخير فيجوز له ان يطالب بهذا التعويض الاضافى ، كما لو أخطأت شركة نقل فى تطبيق التعريفة وحصلت خطأ من المرسل مبلغاً يزيد على التعريفة القانونية ثم رفضت الشركة أن ترد القدر الزائد الذى استولت عليه واضطر المرسل أن يقاضيها فيجوز للمحكمة أن تحكم بتعويض مستقل عن الفائدة القانونية بسبب الضرر الذى لحقه من جراء سلوك الشركة .

(٢) تقضى المادة ٥١٨/٤٢٦ مدنى بأن الشريك المتأخر عن أداء حصته فى رأس المال ملزم بالتضمينات بمجرد مطالبته رسمياً بالوفاء واذا نشأ عن هذا التأخير ضرر للشركة وجب عليـه تعويضه بغير مقاصة بالأرباح التى استجلبها للشركة .

(٣) اذا لم يقم المسحوب عليه بدفع قيمة الـكمبيالة فى ميعاد استحقاقها وسحب الحامل كمبيالة رجوع على أحد الموقعين على الـكمبيالة فيجوز له أن

---

(١) قالوا بأنه يحسن ترك تحديد الفائدة إلى نفس التاجر فقد يرى من مصلحته الاقتراض بفائدة مرتفعة . وهو على كل حال فى مأمن من تحكم المقرضين بسبب تنافس أرباب الأموال . وقد أطلق القانون الفرنسى حرية التعاقد بالنسبة للفائدة المدنيـة عقب الحرب العظمى بسبب ارتفاع سعر الفائدة .

يطالب بالمصاريف التى صرفها وبالفرق الذى دفعه فضلا عن قيمة تلك الكمبيالة والفائدة القانونية (م ١٨٠ و١٨١/١٨٧ و١٨٨ تجارى) .

٥٤ — **فى الفوائد المركبة** . Anatocisme قد يقبل المدين أن تعتبر الفائدة فى حالة عدم وفائها كالأصل وتحتسب عليها فوائد من تاريخ استحقاقها. وقد ارتاب القانون فى هذا النوع من الاتفاق بسبب الأخطار الاجتماعية التى تترتب عليه من وجهين :

أولا : تستهوى هذه الطريقة المدين المعسر لأنها تسهل له الاقتراض دون أن يفكر فى الوفاء .

ثانياً . يترتب على تجمد الفوائد زيادة الدين إلى أكثر مما يتوقع المدين فالنقود التى تقترض بفائدة ٥ ٪ تتضاعف فى ظرف أربع عشرة سنة ويدرك الدائن هذه الحقيقة أكثر مما يدركها المدين . من أجل ذلك حرمت القوانين الرومانية والقانون الفرنسى القديم التعامل بالفائدة المركبة . ويحرم القانون الألمانى (م ٢٨٩) والقانون السويسرى التعامل بالفائدة المركبة (م ٣١٤)

أما القانون المصرى فهو يجيز التعامل بالفوائد المركبة بالشروط الآتية : —

(١) لا يجوز طلب الفوائد عن الفوائد المتجمدة إلا من يوم اقامة الدعوى فلا يكفى الانذار لاحتساب فوائد الفوائد

(٢) لا يجوز طلب فوائد عن متجمد الفوائد إلا اذا كانت مستحقة عن سنة كاملة (م ١٢٦/١٨٦ مدنى)

(٣) لا يجوز طلب فوائد عن متجمد الفوائد الا اذا استحقت الفوائد فعلا . ومعنى ذلك أنه لا يجوز الاتفاق سلفاً على دفع فوائد عن الفوائد بحكم القانون فى حالة تأخير المدين . وهذا الاتفاق لا يمكن حصوله إلا اذا حل ميعاد استحقاق الفوائد . ويجب تجديد هذا الاتفاق فى كل سنة . وبهذه الكيفية يتمكن المدين من ادراك الخطر الذى يستهدف له ويتعرف مقدار

الدين وأنه يتزايد من سنة الى أخرى (كابتان ج ٢ ص ٣٢ و ٣٣) لكن محكمة النقض الفرنسية قضت بعكس ذلك وأجازت الاتفاق سلفاً على استحقاق الفوائد بحكم القانون (نقض فرنسى ١٠ أغسطس سنة ١٨٥٩ د ٥٩ ، ١ ، ١٤١) ولم تأخذ محاكم الاستئناف فى فرنسا بهذا الرأى (نانسى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٠٨ س، ١٩٠٩ ، ٢ ، ٢٤) .

وقد استثنى القانون الحسابات الجارية فأجاز ضم الفوائد الى الأصل واحتساب فائدة عنها حتى ولو كانت الفوائد مستحقة لمدة تقل عن سنة (م ١٢٦/١٨٦ مدنى)

الفصل الثانى — فى المحافظة على أموال المدين

٥٥ — عموميات . اذا أصبح المدين معسراً فيصبح حق الدائن بلاقيمة وتكون كل الحقوق التى يجوز للدائن اتخاذها قبل المدين كالتنفيذ القهرى أو التعويض عديمة الجدوى أن لم يعط الدائن عند سنوح الفرصة الوسائل اللازمة للمحافظة على أموال المدين التى تعتبر ضماناً عاماً للدائن . لذلك أباح القانون للدائن اتخاذ بعض الوسائل للمحافظة على أموال المدين

وهذه الوسائل بعضها وسائل تحفظية كما فى حالة افلاس المدين حيث أوجب القانون على وكيل الدائنين أن يطلب من مأمور التفليسة وضع الأختام على مخازن المفلس ومكاتبه وصناديقه ودفاتره وأوراقه وأمتعته اذا لم يسبق للمحكمة فى حكم اشهار الافلاس ان أمرت بذلك . وان يحرر محضر جرد بعد ذلك . كذلك اذا دعى المدين لعمل قسمة فيكون للدائن الحق فى أن يدخل فى القسمة حتى يمنع اتفاق الشركاء على الاضرار به بتواطئهم مع مدينه (م ٤٦٠ / ٥٥٧ و٥٥٨ و٥٥٩ مدنى) . ولا يعمل الدائن فى هذه الأحوال باسم مدينه بل باسمه الشخصى ولذمته . لذلك لايجوز الاحتجاج عليه بأن تعهده شرطى أو أجلى .

لكن هناك وسائل أباحها القانون للدائن أكثر خطورة من هذه الوسائل التحفظية . فيقوم الدائن بعمل ايجابى ويسعى للحصول على نتيجة ما كان يحصل عليها لو لم يقم بهذه الوسائل من تلقاء نفسه . وهذه الوسائل التى يلجأ اليها الدائن تزيد عن كونها مراقبة أعمال المدين أو التحقق من حالة أمواله الحقيقية . والوسائل التى من هذا القبيل هى : —

(١) حق الدائن فى رفع دعاوى مدينه

(٢) دعوى ابطال تصرفات المدين

الفرع الأول — رفع الدائن دعاوى مدينه

٥٦ — **أساس هذا الحق** : اذا ترك المدين وشأنه فى أمواله ، ينتقص منها ويقللها ، فان حق الضمان العام الذى للدائن على أموال مدينه ينعدم (م٥٥٥/ ٦٧٩ مدنى) وقد يهمل المدين أمواله أو يعجل على نفسه العسر . والضرر هنا يلحق دائنيه . وكل هذه النتائج الضارة بالدائنين يمكن تلافيها بقليل من العمل . لذلك أعطى القانون للدائنين ، أو لأحدهم ، حق رفع دعاوى المدين دفعاً للضرر الذى يهددهم . وتسمى الدعوى غير المباشرة action oblique ou action indirecte لأن الدائن لا يمثل نفسه بل يمثل مدينه فى اقامتها وليست الدعوى التى يقيمها الدائن باسم مدينه دعوى من نوع خاص sui generis ، فهى والدعوى التى يقيمها المدين بنفسه على مدينه سواء بسواء .

٥٧ — **موضوع حق الدائنين** . يجب أن يحدد تماماً موضوع هذا الحق وهو مافعله القانون حيث قال فى المادة ٢٠٢/١٤١ مدنى « يجوز للدائنين بمقتضى ما لهم من الحق على عموم أموال مدينهم أن يقيموا باسمه الدعاوى الخاصة بشخصه » . فليس لهم أن يحلوا محل الدائن فى إدارة أمواله اذا كان لا يحسن تثميرها أو اذا كان يؤجرها بأقل من أجر المثل . وإلاّ لو أجزنا

للدائنين ذلك لكان معناه القضاء بتاتاً على حرية المدين الشخصية واقامة الدائن وصياً عليه . من أجل ذلك حدد القانون مدى هذا الحق فقصره على الدعاوى (عدا الخيارات options) فقط . فكل ما يسمح به للدائن هو أن يرفع باسم مدينه دعوى يطالب فيها بحق مدينه . كما لو كان للمدين دين أو نصيب فى تركة أو عقار أو تعويض عن ضرر مادى لحقه .

ويفرض دائماً أن هذا الحق مهدد بالسقوط بمضى المدة أومهدد بالزوال باعسار مدين المدين . وأن المدين لا يطالب بحقه وأنه يتركه عرضة للضياع فعند ذلك فقط يرفع الدائن دعوى باسم مدينه للمطالبة بهذا الحق .

٥٨ — **فى الدعاوى التى يجوز للدائنين رفعها باسم مدينهم** : يجوز للدائن أن يرفع باسم مدينه كل الدعاوى التى يترتب على كسبها زيادة أمواله انما يستثنى من ذلك الدعاوى الآتية :—

(١) الدعاوى غير المتعلقة بالمال . وذلك لأن الدائن يستمد حق رفع دعوى باسم مدينه من الضمان الذى له على أمواله فتخرج الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية لأنها لا تفيد الدائن بشىء ما كدعاوى الطلاق واللعان او بطلان الزواج أو تعيين المدين ناظراً لوقف أو وصى

(٢) بعض الدعاوى المتعلقة بالمال . الأصل أن كل الدعاوى المتعلقة بالمال يجوز أن يرفعها الدائن انما يستثنى من ذلك الدعاوى التى أساسها ضرر أدبى كتعويض عن سب أو قذف لأن رفع مثل هذه الدعاوى يرجع الى تقدير المدين وقد يرى أن ليس من مصلحته المطالبة بتعويض فى هذه الحالات . ولكن هل يجوز للدائن أن يرفع دعوى بطلان عقد بسبب عدم أهلية المدين ؟ اختلفت الآراء . والرأى المعقول هنا هو أن المصلحة المالية تغلب على الاعتبارات الأدبية (بهذا المعنى نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٩٢١ د ، ١٩٢٤ ، ١ ، ١٣٣) وشبيه بهذه الحالة دعوى تعويض بسبب حادثة ترتب عليها ضرر مادى . ولكن حكم بأن هذه الدعوى تعتبر خاصة بشخص المدين (سيرى ١٨٨١ ،

٢ ، ٢١ وتعليق Labbé)

كذلك لا يجوز للدائن أن يباشر الدعاوى التى تتعلق بحقوق لا يجوز الحجز عليها كدعوى النفقة أودعوى المطالبة بمرتب المدين اذا كان موظفاً أو مستخدماً .

٥٩ — فى الشروط الواجب توافرها لرفع الدعوى — لايجوز للدائن أن يقيم هذه الدعوى إلا إذا توافرت الشروط الآتية : —

(١) أن يكون للدائن مصلحة فى رفع الدعوى . والا فان دعواه ترفض وتعتبر من الدعاوى الكيدية ، كما لو كان المدين المقامة باسمه الدعوى فى حالة يسر ظاهرة ولا خطر على حقوق الدائن (نقض فرنسى ١٣ يناير سنة ١٨٧٣ د ، ١٨٧٣ ، ١ ، ١٥١)

(٢) أن يكون دين الدائن مستحقاً ومحققاً ومعيناً [١] . فان كان الدين معلقاً على شرط [٢] أو مؤجلا فلايجوز للدائن أن يرفع الدعوى باسم مدينه . والسبب فى ذلك هو أن رفع الدعوى فى هذه الحالة يزيد عن كونه عملا تحفظياً ويقرب من التنفيذ ويعتبر تدخلا متناهياً فى شئون المدين (بودرى وباردج ١ رقم ٦٢٩)

(٣) أن يقصر المدين فى رفع الدعوى . فاذا رفع المدين الدعوى جاز للدائن أن يدخل خصما ثالثاً ولكن لا يجوز له أن يرفع الدعوى مرة ثانية واذا رفع المدين الدعوى فتوقف الدعوى المرفوعة من الدائن

وقد جرى العمل على أن يدخل الدائن مدينه خصما فى الدعوى لكى يصدر الحكم فى مواجهته واذا أهمل الدائن اجراء ذلك فيجوز للمدعى عليه

---

(١) نقض فرنسى ٢٦ يوليه سنة ١٨٥٤ س ، ١٨٥٤ ، ١ ، ٥٦٣ ، ٢٥ مارس سنة ١٩٢٤ س ١٩٢٤ ، ١ ، ٦٧

(٢) يرى كابتان أن الدائن المعلق دينه على شرط يجوز له أن يرفع هذه الدعوى (ج ٢ ص ٤٧)

أن يدخل المدين خصما فى الدعوى .

ولا يشترط لاقامة هذه الدعوى أن يكون لدى الدائن سند واجب التنفيذ أو أن يكون تاريخه سابقاً على موضوع الدعوى ولا أن يثبت تقصير المدين وذلك لأن كل ما يسعى اليه الدائن هو المحافظة على أموال المدين[1].

٦٠ — **فى ماهية الدعوى التى يرفعها الدائن باسم مدينه** — الدائن الذى يرفع دعوى باسم مدينه لا يستعمل حقاً خاصاً ولكن يستعمل حق مدينه . ويعتبر الدائن خصما ظاهراً فقط أما الخصم الحقيقى فهو المدين . ينتج من ذلك أنه يجوز لمدين المدين أن يحتج فى مواجهة الدائن بكل الدفوع التى يجوز له أن يبديها فى مواجهة دائنه وهذا الحق لا نزاع فيه بالنسبة للدفوع التى نشأت قبل رفع الدعوى

أما فيما يختص بالدفوع التى نشأت بعد رفع الدعوى كما لو تصالح المدين بعد رفع الدعوى أو تنازل عن تقادم أو صحح عقداً باطلا فهل يسرى كل هذا على الدائن ؟ يرى فريق من الشراح أن الصلح لا يسرى على الدائن لأن رفع الدعوى يقوم مقام الحجز. والحجز يمنع المدين من التصرف فى الأشياء المحجوز عليها (أوبرى وروج ٤ بند ٣١٢) لكن محكمة النقض الفرنسية لم تأخذ بهذا الرأى واعتبرت أن الصلح يسرى على الدائن [2] بشرط ان يكون حصل بدون غش (د ، ٣ ، ١٩ ، ١ ،) ويميـــل الشراح الى الأخذ بهذا الرأى (بودرى وبارد ج ١ بند ٦٣٩)[3]

---

(١) بودرى وباردج ١ رقم ٦٣٢ ونقض فرنسى ٨ يوليه سنة ١٩٠١ د ، ١٩٠١ ، ١ ، ٤٩٨ .

(٢) رأت محكمة النقض الفرنسية أنه لا محل للتفرقة بين الدفوع التى نشأت قبل أو بعد رفع الدعوى ذلك لأن مركز المدعى عليه يجب أن لا يتغير تبعاً لما اذا كانت الدعوى مرفوعة من صاحب الحق أى المدين أو من حل محله أو الدائن (نقض فرنسى ١٨ فبراير سنة ١٨٦٢ د ، ١٨٦٢ ، ١ ، ٢٤٨) .

(٣) وراجع فيما يختص بالتنازل عن التقادم الفصل العاشر من الباب الرابع . وفيما يختص بتصحيح العقد الباطل الفرع السادس من الفصل الاول من الباب السابع .

٦١ — **من الذى يستفيد من هذه الدعوى** . الغرض من رفع هذه الدعوى هو المحافظة على أموال المدين . فاذا نجح الدائن فى تحقيق هذه الغاية فيكون الدائن حافظ على أموال المدين . لذلك يستفيد كل الدائنين من هـذه الدعوى ولا يمتاز رافعهـــا عن بقية الدائنين بشىء ما . انما يجب عليهم أن لا يتركوه يستوفى كل ما له لدى المدين بل يجب أن يتدخلوا فى الدعوى اذا أرادوا الاستفادة من المحافظة على أموال مدينهم (سم ٢٥ يناير سنة ١٩١٧ تق ج ٢٩ ، ١٧٩ وسم ١١ يونيه سنة ١٩٢١ تق ج ٣٣) وهذه الحالة تشابه الحجز الذى يوقعه الدائن على مالمدينه لدى الغيرفان بقية الدائنين يستطيعون أن يشتركوا معه فى هذا الحجز .

٦٢ — **فى ندرة استعمال وقصور الدعوى غير المباشرة — الدعوى المباشرة** . يندر أن يلجأ الدائن الى رفع دعوى باسم مدينه لأنمعظمالديون موضوعها مبلغمن النقود . ويفضلالدائن الالتجاء الىطريقة حجزما للمدين لدى الغير (م ٤١٠ / ٤٧١ مرافعات) ومن جهة أخرى لا يستفيد الدائن منهذه الدعوى ، بليشترك فى الاستفادةمنهاكلالدائنين . ذلك لأن الدائن لا يرفعها باسمه proprio nomine بل باسم مدينه . ويخضع مثلهم لقاعـدة قسمة الغرماء . لذلك قد يكون أجدى على الدائن إذا استطاع أن يرفع دعوى باسمه الشخصى على مدين مدينه action di.ecte . فاذاتيسر له هذا استطاع أن يستفيد دون غيره منها ، لأن المال الذى أخرجه مدينه من ثروته لا يعود الى هذا المدين بل يعود الى الدائن .

وقد منح القانون والقضاء هذه الدعوى إلى بعض الدائنين ، فاستطاعوا بهذه الوسيلة أن يقاضوا مدين مدينهم الذى لا تربطه بهم رابطة قانونيـة وذلك دون وساطة مدينهم الحقيق . وحق إقامة الدعوى المباشرةيعتبرتوسيعاً لحق الضمان الذى للدائن على أموال مدينـه ، يمس ثروة أجنبية عنه ، وهو

وسيلة للوفاء أو طريقة للتنفيذ تضع الدائن فى مركز ممتاز يتجاوز ما تقضى به القواعد القانونية العامة . ولهذا يتعين حصره فى دائرة ضيقة . وهاك بعض الأحوال التى يجوز فيها اقامة الدعوى المباشرة : —

(١) يجوز للمقاول من الباطن مطالبة المالك بقدر مايخصه من المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى . وله حق الامتياز بقدر ما يخصه (م ٤١٤ و٤١٥ / ٥٠٦ و ٥٠٧ مدنى)

(٢) يجوز للموكل أن يقاضى باسمه النائب الذى عينه الوكيل الأصلى لمباشرة ما التزم به (م ٥٢٠ / ٦٣٦ و ٦٣٧ مدنى)

(٣) يجوز للدائن أن يرفع الدعوى المباشرة على الشريك الموصى لتقديم حصته (سم أول ديسمبر سنة ١٩١٥ تق ٢٨ ص ٣٩) [١]

الفرع الثانى — فى الدعوى البوليسية

٦٣ — **عموميات**. اذا كان المدين سيء النية ومثقلا بالديون فانه يسعى الى التصرف فى أمواله اضراراً بدائنيه بأن يبيع أو يهب كل أو بعض أمواله بعقد ظاهر ثم يحرر عقداً مستتراً يعترف فيه المشترى أو الموهوب اليه بأن الشيء المبيع أو الموهوب ما زال مملوكا للمدين . وقد يعمد المدين الى طريقة أخرى وهى أن يحول أمواله الظاهرة التى يمكن التنفيذ عليها الى نقود أو أوراق مالية يسهل اخفاؤها . وقد يتصرف تصرفاً نهائياً الى صديق أو قريب ويجرد نفسه من كل أمواله . وعلى كل فالمدين بسبب تعدد طرق المعاملات

---

(١) كتابنا شرح القانون التجارى ج ١ بند ٨٠ وانظر فيما يختص برفع المؤجر الدعوى المباشرة على المستأجر من الباطن كتاب عقد الايجار لزميلنا الأستاذ السنهورى فقرة ٤٢٢ . وحق المجنى عليه فى الدعوى المباشرة قبل المؤمن مقال زميلنا الأستاذ مازو المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد العدد الأول السنة الثانية ص ٣ — ٣٦

Léon Mazeaud: l'action directe de la victime contre l'assureur du responsable

بين الناس لا يعدم حيلة لخدع الدائنين والاضرار بهم .

والقانون الذى يجب أن يعمل على أن تسود حسن النية والثقة فى معاملات الناس لا يمكن بحال من الأحوال أن يسمح بمثل هذه الأعمال الضارة . من أجل ذلك أعطى القانون للدائن سلاحا يمكنه من أن يقضى على تصرفات المدين ويفضح ما خفى من أعماله . وهذا السلاح أو هذا الحق هو « الدعوى البوليسية » أو « دعوى ابطال التصرفات « action paulienne » أو الدعوى المباشرة » .

وقد أشار القانون إلى هذه الدعوى فى المادة ١٤٣/٢٠٤ فقال « للدائنين فى جميع الأحوال الحق فى طلب إبطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم وفى طلب إبطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق اضراراً بهم » .

ويمكن تعريف هذه الدعوى بأنها دعوى يجوز للدائنين رفعها باسمهم الشخصى بقصد إبطال أعمال المدين التى حصلت اضراراً بحقوقهم » .

٦٤ — **فى منشأ الدعوى البوليسية** [1] . منشأ هذه الدعوى هو القانون الرومانى وكانت ترفع بواسطة وكيل الدائنين لاعادة ما خرج من أموال المدين الى ثروته لذلك كانت هذه الدعوى ذات صفة جماعية . ولكن هذه الدعوى فقدت هذه الصفة فى الأزمنة الحديثة وصارت دعوى انفرادية يجوز لكل دائن اقامتها لا يستفيد منها مجموع الدائنين بل يستفيد منها رافعها فقط . ولم يعُن القانون الفرنسى أو القانون المصرى ببيان شروطها وأحكامها لذلك يجب أن نرجع دائما الى القانون الرومانى لتعرف ماهيتها وأحكامها .

٦٥ — **فى التصرفات التى يجوز ابطالها** . التصرفات التى يجوز للدائن ابطالها هى التى يخرج بها المدين عن شىء من أمواله والتى من شأنها أن تجعله

(١) أنظر كتابنا « الأوراق التجارية وأعمال المصارف والافلاس » ص١٧٨و١٧٩. وواضع هذه الدعوى هو القاضى الرومانى Paulus فى عصر الجمهورية الرومانية وقد سميت باسمه .

فى حالة عسر . انما اذا أهمل المدين فى أن يضيف أموالا الى أمواله فلا يجوز للدائنين رفع هذه الدعوى . وهذه القاعدة الأساسية مستفادة من طبيعة هذه الدعوى التى هى « دعوى ابطال تصرفات » أى أن الغرض منها اعادة أموال المدين الى الحالة التى كانت عليها قبل تصرف المدين statu quo ante فهى وسيلة لاستجماع ما تشتت من أموال المدين وليست وسيلة لاضافة أموال جديدة . وبعبارة أخرى يجب أن يكون ما تصرف فيه المدين اتصل بثروته ودخل فيها وصار ملكا له ثم خرج بعد ذلك بفعل المدين من ملكه ، فلا يعتبر مملوكا للمدين ما لم يتم التعاقد عليه نهائياً . ويدخل فيما يجوز ابطاله (١) العقود بأنواعها كالبيع (٢) التنازل عن حق مكتسب (٣) الابراء من التعهد (٤) الصلح الحاصل أمام المحكمة بتواطؤ المدين مع خصمه . انما لا يجوز للدائن أن يطلب إبطال الأعمال الآتية : —

(١) عدم قبول الهبة من الموهوب له (٢) عدم طلب بطلانها من الواهب لاخلال الموهوب له بشروطها (٣) عدم استرداد الحصة المبيعة على الشيوع فى العقار المشترك (٤) عدم طلب العقار المبيع بالشفعة [1] . (٥) الرهن لأن الغرض منه ضمان وفاء الدين لا الاضرار بالدائنين والدائن المرتهن يعمل على انقاذ حقه والمحافظة عليه [2] . (٦) إذا أوفى المدين بعض ما عليه من الديون الحالة بأن فضل بعض الدائنين على البعض الآخر ودفع اليهم كل حقوقهم مما أنقص أمواله حتى أصبحت لا تفى بسداد ما هو باق فى ذمته من الديون فيعتبر هذا الوفاء صحيحاً ولا يجوز الطعن فيه (سم ١٧ ابريل سنة ١٩١٢ تق ج ٢٤ ، ٢٨٧) [3] ، وذلك لأن القانون المدنى

---

(١) شرح القانون المدنى تأليف فتحى زغلول باشا ص ٣٦٦

(٢) نقض فرنسى ٢٢ أغسطس سنة ١٨٨٢ د ١٨٨٣ ، ١ ، ٢٩٦ وجرينوبل ٢٠ يونيه سنة ١٩٠٠ د ، ١٩٠٠ ، ٢ ، ٢٧٧ وعكس ذلك فتحى زغلول فى المرجع السابق .

(٣) عكس ذلك أسيوط الابتدائية حكم استئنافى ١٦ يولية سنة ١٩١٢ عدد ١٠ لسنة ١٤

لم ينظم اجراءاً جماعياً لتصفية أموال المدين المعسر وعلى كل دائن أن يعمل بنفسه لاقتضاء حقوقه. واستيفاء الدائن دينه هو ثمن تسابق الدائنين فى هذا المضمار (١)

وقد خرج القانون التجارى عن هذه القاعدة فقضى ببطلان الوفاء الحاصل من المفلس فى فترة الريبة متى كان بغير الشيء المتفق عليه. وقضى بجواز ابطال الوفاء الحاصل بنقود فى فترة الريبة. وذلك لأن القانون التجارى يعامل الدائنين بالمساواة ويحرم على كل دائن اتخاذ اجراءات فردية قبل المدين.

لكن يجوز للمدين أن يستدين ديوناً جديدة ويكون تعاقده صحيحاً حتى لو علم دائنوه الجدد باعساره بشرط أن لا يكون سيئ النية. فاذا قصد بهذا التعاقد انقاص أمواله اضراراً بدائنيه فيجوز لهؤلاء الأخيرين ابطال هذه التصرفات

(٧) قسمة التركات. (م ٤٦٠/٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩) (وذلك لأنه من الهتر ابطال قسمة تهم أسرة بأسرها بعد الجهد المبذول والمصاريف الجسيمة والاجراآت الطويلة التى اقتضتها القسمة وبخاصة لأن القانون يجيز للدائنين دخولهم فى دعوى القسمة. أما قسمة الشركات فيجوز الطعن فيها (نقض فرنسى ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٠ د، ١٨٩١، ١، ٢٥٢)

٦٦ — **فى شروط دعوى ابطال التصرفات**. يكفى لرفع هذه الدعوى أن يتوافر شرطان: —

(١) أن يكون تصرف المدين ألحق ضرراً بدائنيه eventus damni

(٢) أن يتوافر سوء القصد لدى المدين أى علمه بهذا الضرر

فى الضرر (١). يجب أن يكون تصرف المدين ضاراً بالدائنين أى من شأنه أن يجعله فى حالة عسر تمنعه من الوفاء بالتزاماته (سم ٦ نوفمبر سنة

(٢) انما اذا كان الوفاء نتيجة تواطؤ للاضرار بالدائنين (١١ يوليه سنة ١٨٩٦ د، ١٨٩٦، ١، ٥١٩) أو كان الوفاء بغير الشيء المتفق عليه ثمن خسيس a vil prix (٣٠ يناير سنة ١٩٠٠ د، ١٩٠٠، ١٦٦) فيجوز ابطاله

١٩٢٣ تق ج ٣٦ ، ٨) أو يزيد فى اعساره (سم ١٥ مايو سنة ١٩١٤ تق ج ٢٧ ص ٢٣٨) والعبرة فى العسر بالتاريخ الذى حصل فيه التصرف (سم ١٧ يونيه سنة ١٩٢٠ تق ٣٢ ، ٢٦١) لذلك يتعين اقامة الدليل على عسر المدين وقت التصرف أو اثبات أن هذا التصرف ترتب عليه اعساره (سم ٣ يونيه سنة ١٩٢٢ تق ٣٤ ، ٤٥٧) فاذا حصل العسر بعد هذا التصرف لسبب آخر فلا تقبل دعوى الدائن (سم ١٧ يونيه سنة ١٩٢١ تق ج ٣٢ ص ٣٦١) . واذا كان تصرف المدين هو عبارة عن تنفيذ تعاقد حصل منه فى وقت كان فيه فى حالة يسر فلا يجوز أيضاً طلب ابطال هذا التصرف . ويجوز أن يتصرف المدين عدة تصرفات لا يكفى أحدهما لاعتباره فى حالة عسر لكن مجموع هذه التصرفات يجعله فى هذه الحالة . فيجوز للمحكمة أن تبطل هذه التصرفات اذا تبين لها أن المدين انتوى لنفسه خطة معينة يصير بها فى حالة عسر ولو كان التصرف الأول لا يكفى فى ذاته لايجاده فى حالة عسر (سم ١٦ مايو سنة ١٩١٧ تق ج ٢٩ ص ٤٥٤) .

انما يجب أن يكون المدين تصرف فى أمواله الجائز الحجز عليها بمعرفة الدائنين فاذا كان ماتصرف فيه المدين متعلقاً بشخصه فلا يجوز للدائن ابطال هذا التصرف .

والدائن هو المكلف باثبات عسر المدين وبأن هذا التصرف زاد فى عسره وبأن مابقى من أمواله لا يكفى لوفاء ماعليه من الديون .

فى سوء القصد (٢) والمقصود بسوء القصد هنا Consillum fraudus هو نية المدين فى الهروب من نتائج عمل سابق أى علمه بأن تصرفه سيلحق ضرراً بدائنيه . وهذه النية لاتحتاج الى اثبات اذ يفترض فى المدين سوء قصده باعتباره قرينة بسيطة présomption de l'hmome

٦٧ — **فيمن له حق ابطال التصرفات** : يجب على الدائن [1] الذى يريد

---

(١) حكم بأن الدائن العادى فقط هو الذى يملك هذه الدعوى . لأن تصرفات المدين تحرمه من الضمان الذى اعتمد عليه . أما الدائن المرتهن فله فى حق التتبع مايجعله فى غنية عن هذه

أن يبطل تصرفات مدينه ان يثبت أن دينه معين ومستحق الأداء وموجود قبل هذا التصرف . فاذا نشأ الدين فى ذمة المدين بعد هذا التصرف فلايجوز إبطاله . وذلك لأن الدائن الذى تعامل مع المدين لايمكن أن يضار بتصرف سابق على دينه (١٥ مايو تق ج ٢٧ ص ٣٢٨) لأن الدائن يكون قد تعاقد وهو عالم بأن من تعاقد معه قد تجرد من أمواله . ولا يشترط أن يكون دين الدائن ثابت التاريخ بوجه رسمى لأن غش المدين يعفى من اقامة هذا الدليل [1] .

لكن هذه القاعدة لا يمكن أن تسرى على اطلاقها . فاذا كان المدين يتوقع تحمل تعهدات مستقبلة وأخذ للأمر عدته وتصرف سلفاً فى أمواله قبل أن تترتب هذه الديون فى ذمته فيجوز للدائن الذى نشأ دينه بعد هذا التصرف أن يبطل هذه التصرفات ولو أنها سابقة على دينه . كما لو استشعر شخص بأنه سيحكم عليه فى دعوى مرفوعة عليه فباع أمواله حتى لا يتمكن المحكوم لصالحه من التنفيذ على أمواله فيجوز للدائن أن يبطل هذه التصرفات . وحدث فى فرنسا أن زوجا هجرت زوجها لسوء معاملته وقسوته وقد توقع أن زوجه سترفع عليه دعوى انفصال ، فباع أمواله إلى أخيه حتى لا تستطيع الزوج أن تنفذ عليه عند ما يقضى لصالحها . وقد حكم ببطلان هذا البيع (نقض فرنسى ٥ يناير سنة ١٨٩١ د ، ٩١ ، ١ ، ٣٣١) . كذلك إذا ارتكب شخص جريمة وقبض عليه من أجلها وتوقع أن المجنى عليه سيدعى مدنياً وأنه سيقضى لصالحه فباع أمواله أو وهبها سلفاً إلى أولاده فكل هذه التصرفات تعتبر باطلة . كذلك اذا وقف شخص أمواله حتى لا يتمكن دائنوه

الدعوى (سم ٨ مايو سنة ١٩١٩ تق ج ٣١ ، ٣٩٢) وهذا خطل لان عبارة القانون عامة تشمل كل الدائنين بلا تمييز « للدائنين فى جميع الاحوال .. » م ١٤٣ ولان الدائن المرتهن يعتمد على كل أموال المدين .

(١) يرى الاستاذ جوسران وجوب ثبوت التاريخ بصفة رسمية ذلك لانه من الخطل الاحتجاج بالغش اذ المطلوب هو اثبات الغش بالنسبة للدائن المدعى (ج ٢ بند ٦٩٦)

المستقبلون المعروفون سلفاً من التنفيذ على أمواله فيعتبر هذا الوقف باطلا (سم ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ تق ج ٢٨ ص ٣٧٠ و ٥ يناير سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ ص ١٠٩) .

٦٨ — *فيم تقام عليه هذه الدعوى* . تصرفات المدين اما أن تكون بعقد من عقود المعاوضات à titre onéreux أو بعقد من عقود التبرعات à tite gratuit .

(١) عقود المعاوضات . اذا تصرف المدين فى امواله بعقد من عقود المعاوضات كبيع أومقايضة فلايجوز للدائن أن يطلب ابطال هذه التصرفات إلاّ إذا كان من تعاقد مع المدين شريكا متواطئاً مع المدين للاضرار بالدائنين . والتواطؤ هو الشرط الأساسى لاقامة هذه الدعوى (سم ١١ مايو سنة ١٩٢١ تق ج ٣٣ ، ٣٢٤) ، وقد يستفاد التواطؤ من علاقة المدين بمن حصل له التصرف كعلاقة الزوجية[1] أوالصداقة أوالاتصال الذى يمكنه من الاطلاع على شئون المدين الخاصة . وعلم الدائن بعدم قيام المدين بدفع ما عليه من الديون لاينهض دليلا على التواطؤ . لأن بعض المدينين لا يوفون مافى ذمتهم مع قدرتهم على الوفاء[2] .

أما إذا كان من تعاقد مع المدين لا يعلم سوء قصد المدين ولم يشترك معه فى الغش (سم ٢ مايو سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ ، ٣٧٥) فلا يجوز ابطال هذا التصرف . وذلك لأن من تعاقد مع المدين نقد المدين عوض ما أخذ ، وحق ابطال التصرفات الذى أعطاه القانون للدائن مبنى على إزالة الضرر . ومن تعاقد مع المدين بحسن نية لم يفعل ضرراً ولا قصد أن يضر أحداً

---

(١) عكس ذلك استئناف أهلى ٢٥ نوفبر سنة ١٩١٢ عدد ٤ السنة الرابعة عشرة حيث قضى بأن الزوجية لا تعتبر دليلا على التواطؤ .

(٢) اعتبرت المحاكم المختلطة أن مجرد علم الدائن باضطراب أحوال المدين المالية كاف لتوافر شرط التواطؤ [سم ٢٢ مارس سنة ١٩٢٧ تق ج ٣٩ ، ٣٤١]

ولـكنه استعمل حقه المقرر لـكل الناس فاشترى أو قايض فمن الظلم بعد ذلك أن يضار وبخاصة اذا لاحظنا أنه ليس فى مقدوره أن يتقى سوء نية المدين ولا أن يطلع على قصده من تصرفه (شرح القانون المدنى تأليف فتحى باشا زغلول ص ٣٦٨).

(٢) عقود التبرعات . إذا تصرف المدين فى أمواله بعقد من عقود التبرعات فيجوز للدائن أن يطلب ابطال هذا التصرف بلا حاجة إلى اثبات تواطؤ الطرف الثانى لهذا التصرف بل يكفى وجود ركن الضرر (سم ٣ مايو سنة ١٩٢٧ تق ج ٣٩ ، ٤٣٨) . وعلة ذلك هو أن المعاوضات تصرفات بمقابل فلا يجوز ابطالها إلا إذا توفر سوء نية الطرف الثانى الذى تعاقد مع المدين . أما التبرعات فابطالها لا يضر أحداً وكل ما فى الأمر أنه يحرم الموهوب اليه من ربح صائر اليه بلا مقابل . ودفع الضرر اللاحق بالدائنين مقدم على جلب المنفعة التى تأتى مجاناً للغير . أو كما يقول المثل اللاتينى من يناجز لدفع مغرم أولى بالرعاية ممن يناجز لجلب مغنم certant de domno vitando certant de lucro captando

وتشمل التبرعات كل تصرف بلا عوض كالهبة والابراء من الدين والتنازل عن ملك اكتسب بمضى المدة أو عن حق انتفاع أو رهن عقارى والوقف . وقد أشارت اليه المادة ٥٣/٨٦ مدنى فقالت « لا يجوز لأحد أن يوقف ماله اضراراً بدائنيه وان وقف كان الوقف لاغياً » .

وإذا خرج المال من يد من تصرف له المدين بأن تصرف إلى شخص آخر فيكون حكم الحائز الجديد كحكم من انتقل منه التصرف فاذا كان الحائز الأصلى من المدين حصل على المال بعقد من عقود المعاوضات وبحسن نية كان التصرف الثانى صحيحاً . وإذا كان التصرف الأول باطلا بسبب سوء نية من

---

(١) نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٨٩٥ د ، ١٨٩٥ ، ١ ، ٤٨٦ و ١٦ نوفبر سنة ١٩١٠ س ، ١٩١٢ ، ١ ، ١٠٠ و ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ، س ١٩٢٧ ، ١ ، ٣٥٢

تعاقد مع المدين ثم انه تصرف إلى شخص حسن النية ، فهل يعتبر التصرف الثانى صحيحاً ؟ يرى القضاء أن دعوى ابطال التصرفات لا يتناول أثرها الحائز الثانى الحسن النية .(نقض فرنسى ٢٥ يونيه سنة ١٨٩٥ د ، ١٨٩٥ ، ١ ، ٤٨٦ سم ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ تق ج ٢٦ ، ١٧٠ و٣ يونيه سنة ١٩٢٢ تق ٣٤ ، ٤٥٧ ومحكمة بنى سويف ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ج١ ص ٣٣١ ومصر الابتدائية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٤ عدد ٢١ سنة ٦) . وهو مايعتبر خروجا عن القاعدة الشهيرة « إن الانسان لا يستطيع أن يملك الغير أكثر مما يملك » لكن يجاب على هذا الاعتراض بأن الدعوى البوليسية ليست من دعاوى البطلان تماماً . وتسرى هذه القاعدة على عقود التبرعات . فاذا حصل الحائز الثانى على العقار بعقد من عقود المعاوضات من الموهوب اليه وكان حسن النية فلا يتناوله أثر الدعوى البوليسية (أوبرى وروج ٤ بند ٣١٣ وبودرى وبارد ج ١ بند ٦٦٧)

٦٩ — **فى حكم دعوى ابطال التصرفات** : الغرض من هذه الدعوى رفع الضرر الذى لحق الدائن من جراء سوء قصد المدين فيعود المال إلى ملك المدين ويكون للدائن الذى أبطل التصرف الحق فى استيفاء دينه من ذلك المال . ودعوى ابطال التصرفات هى دعوى شخصية لأن حق الدائن شخصى، ولا يتصور حق شخصى تسنده دعوى عينية والدعاوى العينية هى الخاصة فقط بالحقوق العينية كحق الملكية والارتفاق والرهن

والنتائج التى تترتب على هذه الدعوى مبنية على اعتبارين : —

أولا : ان الدائن يحصل على ابطال تصرفات المدين الضارة به

ثانياً : هذا الابطال جزئى فلا يستفيد منه إلا طالبه

فيترتب على ابطال التصرف أنه يجوز للدائن أن يحجز على أموال مدينه التى توجد فى يد الغير نتيجة تصرف المدين كما لو كان هذا المال فى حيازة

المدين ، وأن الدائنين الشخصيين لمن تعاقد مع المدين لا يشتركون مع الدائن الطالب ، فى هذه الأموال ، بل يختص بها دونهم ، لأنها تعتبر كأنها لم تخرج من حيازة المدين إلا إذا كان ما تصرف فيه المدين هو نقود فيشترك هنا مع بقية الدائنين الشخصيين لمن حصل له التصرف

ويترتب على أن هذا الابطال جزئى أن المال الذى يسترده الدائن من الغير لا يدخل ضمن حق الضمان العام الذى للدائنين على أموال مدينهم ويستقل به الدائن الذى باشر دعوى ابطال التصرفات أو من اشترك معه من بقية الدائنين وفقاً لطرق التنفيذ المعروفة [1] (د ، ١٨٩٢ ، ٢ ، ١٨) وذلك لأن هذه الدعوى يقيمها الدائن باسمه الشخصى لا باسم مدينه . على أن هذه المسألة خلافيه اذ يرى بعض الشراح [2] أن الدائن لا يختص بهذه الأموال دون غيره بل يشترك مع بقية الدائنين [3] ولكن جمهور الشراح يرى أن الدائن الذى رفع الدعوى هو الذى يختص بالأموال التى تصرف فيها المدين كذلك ابطال التصرف لا يكون الا بنسبة الضرر الذى لحق الدائن فاذا

---

(١) فاذا كان ابطال التصرف خاصا بابراء من دين استطاع الدائن أن يحجز على الدين لدى المدين الذى أبرئت ذمته منه .

(٢) Colmet de Santerre V no 82 dis. XIV

(٣) قيل تبريراً لهذا الرأى أن دعوى ابطال التصرفات تعيد المال الى حظيرة الضمان العام الذى لكل دائن على أموال مدينه دون أن يكون للدائن الذى أقام الدعوى حق امتياز . وانها تشابه من هذه الوجهة الدعوى غير المباشرة ، وأن الدائن يعتبر وكيلا عن بقية الدائنين ولذلك يستفيدون من هذه الدعوى (س ١٨٣٢ ، ٢ ، ٦٢٦) ويرد على هذا بأن الدعوى غير المباشرة تختلف عن دعوى ابطال التصرفات فى كونها ترفع باسم المدين . وأن نية الوكالة معدومة . ولذلك يتعين التمسك بقاعدة نسبية الشىء المحكوم به . فما قضى به بين الدائن والمدين ليس له قوة بالنسبة لبقية الدائنين الذين لم يكونوا طرفاً فى الخصومة . لهذا لا يعتبر التصرف مفسوخا الا بالنسبة للدائن الذى رفع دعوى ابطال التصرف . لكن التصرف يبقى صحيحا بالنسبة لبقية الدائنين . ولا يعتبر هذا امتيازاً بل هو تفرقة معقولة بين مركزين قانونيين مختلفين . فالمال الذى تصرف فيه المدين يدخل ضمن ثروة من حصل له التصرف ويبقى بعيداً عن متناول الدائنين الذين لم يرفعوا دعوى الابطال .

كان الضرر طفيفاً فيجوز لمن تعامل مع المدين أن يدفع إلى الدائن دينه ويستبقى مال المدين وليس للدائن أن يرفض هذا الوفاء

ويبقى التصرف الحاصل بين المدين ومن تعامل معه صحيحاً وينتج كل آثاره القانونية . فله أن يرجع عليه بالتعويض ، واذا بيع العقار واستوفى الدائن دينه وتبقى من ثمنه شيء فيجوز لمن تعامل مع المدين أن يستولى على القدر الباقى من هذا الثمن . ويجوز للمشترى أن يوقف تنفيذ الحكم الصادر بالبطلان بعرض مبلغ الدين على الدائن الذى أقام الدعوى (استئناف أهلى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ ص ٩٠ سنة ثانية)

ويسقط الحق فى إقامة دعوى إبطال التصرفات بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ حصول التصرف .

الباب الثانى

التعهد الطبيعى

٧٠ — *فى التعهد الطبيعى والواجب الأدبى* : التعهد الطبيعى هو تعهد متجرد من الجزاء الذى توقعه المحاكم ، فهو يحرم الدائن من اتخاذ الاجراءات القهرية لارغام المدين على الوفاء ولذلك يكون وفاء التعهد موكولا لارادة المدين . فاذا قام بالوفاء فبها ونعمت وإذا لم يوف بمحض اختياره فليس للدائن أى سبيل عليه .

والانسان بمحض آدميته يتحمل واجبات أدبية نحو بنى جنسه كمساعدة الفقراء ومعالجة المرضى واغاثة الملهوفين . وهذه الواجبات مرجعها الضمير ولا تستند على أية قاعدة قانونيـة . ولـكن توجد واجبات تزيد عن كونها واجبات أدبية ويعتبرها القانون تعهدات طبيعية كما لو أهمل دائن فى مطالبة مدينه المدة القانونية المسقطة للحقوق ثم تمسك المدين بالتقادم فلا يلزم قانوناً بالدين ولـكنه يظل ملتزماً من الوجهة الأخلاقية وهذا الالتزام أدق وأضبط من الالتزام بمساعدة الفقراء والمعوزين . وكذلك الدائن الذى لا يستطيع إثبات حقه بالكيفية التى يحتمها القانون كتحرير عقد رسمى لا يحصل على حقه بقوة القانون ولـكن حقه أكثر تعييناً ولصوقاً بالذمة من الواجب الأدبى . وهذه الالتزامات وما يشابهها تسمى التعهدات الطبيعية .

وقد استعملت كلمة تعهد طبيعى obligation naturelle بدل واجب خلق ، خشية إقحام الاعتبارات الأخلاقية فى الحياة القانونية . لـكن هذا لم يمنع القضاة من بحث الواجبات الأدبية للنظر فيما إذا كانت حقيقة بأن ترقى الى مرتبة التعهد الطبيعى . ويعتبر القضاة من هذه الوجهة بمثابة رقباء على الأخلاق ، وهو ما يعيد الى الذاكرة عهـد الحسبة والمحتسبين . ولم تتقيد

سلطة القاضى بمعتقدات خاصة بالنظام العام أو بأراء خلقية معتبرة للاعتراف ببعض الواجبات الأدبية واعتبارها تعهدات طبيعية بقدر ماتتقيد سلطته فى الاعتراف بتعهد مدنى. ويستطيع القاضى أن يعتمد فى أداء مهمته على مقياسين. الأول اجتماعى ومبناه النظر فى البيئة الاجتماعية للبحث فيما اذا كان ثمت واجب أدبى خليق بأن ينشىء رابطة قانونية. والثانى فردى ومبناه التثبت مما اذا كان من أوفى تعهداً قد أيقن فى قرارة نفسه بالتزامه به. فاذا كان الجواب بالايجاب يعتبر انه أوفى، وإذا كان بالسلب يعتبر انه تبرع ويتعين اتباع القواعد الخاصة بالتبرعات.

٧١ — ***فى تعريف التعهد الطبيعى*** : لم يعرف القانون المصرى التعهد الطبيعى ولم يستعمل هذه الكلمة بل إكتفى بالاشارة إلى الأثر المترتب عليه فقال فى المادة ٢٠٧/١٤٧ مدنى « إنما من أعطى باختياره شيئاً لآخر وفاء لدين يعتقد ملزوميته به en vertu d'un devoir ولو لم يوجبه القانون لا يكون له استرداده » وقد عرفه بوتييه (١) فقال « التعهد الطبيعى هو الذى يتعهد الانسان بتنفيذه بباعث الذمة والشرف » فهذا التعهد لا يوجبه القانون ولا يعطى لصاحبه حق مقاضاة المدين أو التنفيذ على أمواله ولكن اذ اعتقد المدين بملزوميته بهذا التعهد ونفذه باختياره فيكون وفاؤه صحيحاً ولا يجوز له استرداد ماأوفاه. وهذا الوفاء الاختيارى من جانب المدين هو الذى يثبت وجود التعهد الطبيعى. وما دام هذا التعهد غير منفذ فهو يعتبر فى حكم المعدوم، لكنه يتوكد ويبعث ويحيا عندما ينقضى بالوفاء. لذلك لا يكفى مجرد الوعد بالوفاء لاثبات وجود هذا التعهد.

٧٢ — ***فى شروط التعهد الطبيعى*** : يشترط لصحة التعهد الطبيعى توافر

(١) عرف الأستاذ ريبر Ripert التعهد الطبيعى بأنه « واجب أخلاق يرقى الى الحياة القانونية المدنية « un devoir moral qui monte à la vie civile » La régle morale no. 192

الشروط الآتية : —

(١) أن توجد رابطة قانونية أى تعهد قائم بين دائن ومدين .

(٢) أن لا يكون هذا التعهد ممكناً تنفيذه بالمقاضاة .

(٣) أن يكون المدين ملتزماً بشرفه بوفاء هذا التعهد .

٧٣ — فى أنواع التعهدات الطبيعية . تنقسم التعهدات الطبيعيـة الى . (١) تعهدات مدنية استحالت الى تعهدات طبيعية (٢) تعهدات طبيعية من أصلها (٣) تعهدات طبيعية مترتبة على الأحوال الشخصية (٤) تعهدات طبيعية مترتبة على أداء خدمة أو تعويض خسارة .

٧٤ — فى التعهدات المدنية التى استحالت الى تعهدات طبيعية [١] . وهى التعهدات المدنية الصحيحة التى فقدت بنص القانون قوتها الالزامية فلم يعد للدائن حق رفع الدعوى للمطالبـة بتنفيذها . ويعرض هذا النوع من التعهدات فى الفروض الآتية :

ا — رفض دعوى الدائن بسبب تمسك المدين بالتقادم المسقط للحقوق (بلانيول ج ٢ بند ٦٩٢)

ب — توجيه اليمين الحاسمة الى المدين وحلفه كذباً ببراءة ذمته .

حـ — رفض دعوى الدائن بسبب خطأ مادى ارتكبه القضاة .

ء — التصالح مع التاجر المفاس بالتجاوز له عن جزء مما عليه من الديون remise concordataire فيظل هذا التاجر ملتزماً التزاماً طبيعياً بالنسبة للقدر الذى أبرئت منه ذمته [١]

هـ — ابطال عديم الأهلية التعاقد بناء على طلبه كما لو حجر على شخص لعته فهو يستطيع أن يبطل التعهد الذى تحمله مع انه قد يكون تعاقد فى فترة كان فيها عقله سليما .

---

(١) كتابنا شرح القانون التجارى ج ٢ بند ٣٧٠ وتالير بند ٢٠٩٩

ومبنى رفض دعوى الدائن فى هذه الفروض القرائن القانونية التى أقامها القانون لمصلحة المدين . وقد تكون هـذه القرائن غير متفقة مع الحقيقة فيستفيد منها المدين لكنه يبقى ملتزماً بشرفه . وإذا أوفى فهو لا يعتبر أنه قام بعمل من أعمال البر والأحسان ولكنه قام بوفاء صحيح لا رجعة فيه .

٧٥ – التعهدات الطبيعية من أصلها . (٢) وهى التعهدات الطبيعية بأصل خلقتها والتى لم يكن فى وقت من الأوقات جائز تنفيذها رغم ارادة المدين.

وتقع هذه التعهدات فى الغالب عند ما يحتم القانون القيام باجراءآت معينة كتحرير عقد رسمى لصحة الهبة (م ٤٨/٧٠ مدنى) ، فاذا لم تتبع هذه الاجراءات فلا ينشأ تعهد مدنى . فاذا توفى الواهب قبل أن يحرر الهبة فى عقد رسمى ورأى الورثة أنهم ملزمون بتنفيذ ارادة مورثهم ونفذوا الهبة فلا يستطيعون أن يستردوا ما دفعوه بحجة أنهم دفعوا ما لا يجب. وذلك لأن التزامهم يعتبر طبيعياً . ومايقال عن الهبة يقال عن الوصية التى لم تستوف شروطها الشكلية .

والعقود الباطلة لارتكانها على سبب مخالف للاداب لا يترتب عليها تعهد طبيعى . فالتعهد بدفع مبلغ من النقود لارتكاب جريمة هو تعهد مخالف للاداب وتبعاً لا يترتب عليه تعهد طبيعى . ويحرم القانون الاتفاق على فائدة تزيد على المائة تسعة (م ١٢٥/١٨٥ مدنى) وتعهد المدين بأن يدفع أكثر من الفائدة القانونية لا يجعله ملتزماً بتعهد طبيعى ويجوز له أن يسترد مادفعه زيادة عن الفائدة القانونية .

٧٦ — دين القمار : اختلفت الآراء فيما اذا كان دين القمار يعتبر تعهداً طبيعياً أم لا . وقد نص القانون الفرنسى على أن الخاسر لا يجوز له أن يسترد ما دفعه باختياره وبدون غش (م ١٩٦٥ و١٩٦٧ مدنى فرنسى) . ويرى بعض الشراح أن سبب عدم الرد هو أن دين القمار يعتبر تعهداً طبيعياً (أوبرى وروج

٦ بند ٣٨٦ ص ٦٦ طبعة خامسة) ويعترض على هذا الرأى بأنه إذا أريد اقامة تعهد طبيعى على انقاض التعهد المدنى فان التعهد الأول يكون غير مشروع وباطل كالتعهد الثانى . ولما كان البطلان هنا متعلقا بالنظام العام فيكون من غير المفهوم اجازة تنفيذ التعهد الطبيعى . ويرى فريق آخر أن سبب عدم الاسترداد يرجع إلى أن القانون يعتبر سبب التعاقد منافياً للاداب لحد أنه يمنع المحاكم من النظر فى دعوى أساسها دين قمار إما للمطالبة بهذا الدين أو لاسترداد مادفع منه إختياراً [1]. ويستفاد من الأعمال التحضيرية أن واضعى القانون الفرنسى كانوا يعتنقون هذه النظرية حتى أن القائلين بأن دين القمار يولد تعهداً طبيعياً يرون أن هذا التعهد هو من نوع خاص . وبسبب اعتبار دين القمار قائماً على سبب غير مشروع لا يجوز تجديد هذا التعهد أو تصحيحه بالمصادقة (سم ٢ ١٩٠٢ تق ج ١٤ ، ١٣٤) كذلك لا يجوز أن يرد على هذا التعهد تعهدُ إضافى أو كفالة (م ٤٩٦/٦٠٥ مدنى) ولكن اذا تحررت بدين القمار كمبيالة وتداولت حتى وصلت الى حامل حسن النية فلا يستطيع المسحوب عليه أن يدفع فى مواجهة حاملها بدفع القمار عملا بالقاعدة التجارية المعروفة وهى أن التظهير يطهر الكمبيالة مما عليها من الدفوع .

ولم يتعرض القانون المصرى لمسائل القمار والرهان ولكن قانون العقوبات نص على معاقبة كل من يفتح محلا لألعاب القمار والنصيب بدون تصريح بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بدفع غرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً مصرياً أو باحدى هاتين العقوبتين (م ٣٠٧ و٣٠٨ / ٣١٦ و٣١٧) .

وترى المحاكم المختلطة أن دين القمار غير لازم بحسب قواعد الانصاف والقانون الطبيعى المسلم بها فى معظم الشرائع الحديثة (سم ٢٥ يناير سنة ١٨٩٧ تق ٩ ، ١٩٤) .

---

(١) تطبيقا لقاعدة « لايجوز الانسان أن يرتب حقا على عمله الشائن » كذلك لا محل لارجاع دين القمار الى فكرة «الشرف» لان هذا الشرف الزائف الذى قررته بعض الاوساط الراقية mondain لا يجوز أن يسكت صوت الضمير وأن يحيل الرذيلة الى واجب خلقى .

وتقضى معظم الشرائع الأجنبية بعدم استرداد الرهان (ألمانيا م ٧٦٢ مدنى وسويسره م ٥١٣ و٥١٤ قانون التعهدات)

٧٧ — التعهدات الطبيعية المترتبة على الاحوال الشخصية . (٣) تنشا بعض التعهدات المدنية من قوانين الأحوال الشخصية كالنفقة المنصوص عليها فى المواد ١٥٥—١٥٧ / ٢١٧—٢٢٠ مدنى . والأحوال التى تجب فيها النفقة محدودة بحكم القانون ، فالأخ لا يلتزم التزاماً مدنياً بالانفاق على أخته . ولكن هل يلتزم الانسان التزاماً طبيعياً بمساعدة أقاربه الذين ليس لهم الحق قانوناً فى المطالبة بالانفاق عليهم ؟ يجيب الشراح فى فرنسا بالايجاب (أوبرى وروج ٤ ص ٨ الطبعة الخامسة) . على أن هناك فريقاً آخر ينازع فى صحة هذا الرأى بحجة أنه يصعب تعيين الأقارب الذين يلتزم الفرد بأن يعولهم

ويعتبر التزام الأب بتقديم مهر إلى ابنته Dot التزاماً طبيعياً وليس هبة (سم ٢٦ ابريل سنة ١٩١٧ تق ج ٢٩ ص ٣٨٧) .

٧٨ — التعهدات الطبيعية المترتبة على تادية خدمة أو نفع يصحبه خسارة . (٤) يحدث أحياناً أن يقوم شخص بخدمات فى ظروف لا تسمح له بأن يطالب قانوناً بثمن ما قدمه من خدمات ، كما أنه يحدث أن شخصاً يلحق ضرراً بآخر دون امكان نسبة خطأ اليه . فاذا أعطى الطرف المستفيد شيئاً إلى الطرف الثانى فلا يعتبر ذلك تبرعا ولكنه عوض ماقام به هذا الأخير quid pro quo ويعتبر جزاء على الخدمة التى انتفع بها . وكذلك اذا أعطى الشخص الذى ألحق ضرراً باخر شيئاً فيعتبر ما أعطاه تعويضاً وليس تبرعا أو هبة واذا أنقذ شخص آخر من الغرق وأعطاه مبلغاً من المال فوق مايستحق فلا يعتبر ذلك تبرعا بل وفاء لدين . والشخص الذى يقوم بخدمة جاره المريض ، أو القريب الذى يدير منزل قريبه بلا أجر أو الطبيب الذى يبالغ فى العناية بمريضه . كل هذه الأحوال ومايشابهها تعتبر تعهدات طبيعية (بلانيول ج ٢ بند٣٤٥)

ويكفى أن يكون العمل فى مصلحة الغير لنشوء تعهد طبيعى . وحكم بأنه اذا تعهد مستصنع أن يدفع الى مستخدم جزءاً من مرتبه أثناء تأدية الأخير خدمته العسكرية فيعتبر تعهده طبيعاً ولا يعتبر تبرعا . (سم ٢٦ مايو سنة ١٩٢٠ تق ج ٣٢ ص ٣٣٧) .

٧٩ — *فيما يترتب على التعهدات الطبيعية* : أن الأثر الوحيد الذى ذكره القانون هو عدم جواز الاسترداد أى صحة الوفاء لتعلقه بدين لازم فى الذمة . ولكن القانون لم ينص على هذا الأثر على سبيل الحصر . ومن المتفق عليه أن التعهدات الطبيعية يترتب عليها : —

(١) تنفيذ التعهد يعتبر وفاء لدين ترتب فى الذمة . ولا لزوم لأن تتبع القواعد المتعلقة بالهبة

(٢) من حيث أن التنفيذ يعتبر وفاء وأنه لا يجوز الاسترداد فالوفاء لا يغير من صفة هذا التعهد فيحيله الى تعهد مدنى فاذا استحق الغير موضوع التعهد فليس للموفى اليه الرجوع بالضمان على الموفى .

(٣) لا يعتبر الوفاء الجزئى اعترافاً بمدنية التعهد واذا كان التعهد الطبيعى يجوز تجديده بتعهد مدنى لكن الوفاء الجزئى لا يعتبر بمثابة تجديد له .

(٤) يشترط لصحة الوفاء أن يكون حاصلا باختيار المدين فاذا توافر هذا الشرط فلا يجوز الاسترداد والمقصود بالوفاء الاختيارى هو أن لا يكون حاصلا نتيجة غش أو اكراه بل يجب أن يكون الدائن عالماً بأنه يدفع دينا لا يمكن قهره قانونا على دفعه . فاذا دفع المدين على اعتقاد منه بأن تعهده مدنى فيجوز له أن يسترد ما دفعه (أو برى وروج ٦ بند ٤٤٢ وسم ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ ، ٣٣ ، ٤٦)

(٥) يجوز تجديد التعهد الطبيعى بتعهد مدنى ويعتبر التجديد فى هذه

الحالة إعترافاً بصحة التعهد [١] كما لو وقع المدين على سند اذنى فالتعهد الذى تحمله بتوقيعه على هذا السند لايعتبر تبرعاً بل تعهداً مدنيا صحيحاً (أوبرى ورو ج ٤ بند ٢٩٧ وعكس ذلك لوران ج ١٧ رقم ٢٨ و ٢٩).

كذلك يجوز أن يضمن التعهد الطبيعي بكفالة (قارن م ٤٩٦ / ٦٠٥ مدنى وبلانيول ج٢ بند ٣٤٠ وبودرى وبارد تعهدات بند ١٦٧٦) [٢] ويجوز أن يضمن التعهد الطبيعي برهن عقارى (أو برى ورو ج ٤بند ٢٩٧)

(٦) اذا استجمع شخصان صفتى الدائنية والمديونية وكان دين أحدهما طبيعيا فلا تقع المقاصة فى هذه الحقوق المتقابلة . لأن المقاصة نوع من الوفاء القهرى والمدين بتعهد طبيعى لا يمكن قهره على الوفاء

(٧) لا يجوز للدائن صاحب التعهد الطبيعي أن يستعمل حق الحبس فى الاحوال التى يجيزها القانون

(٨) ينتقل التعهد الطبيعي بالميراث الى ورثة الدائن وقد يوفيه ورثة المدين من تركته

---

(١) سم ٣٦ مايو سنة ١٩٢٠ تق ج ٣٢ ، ٣٣٧ بشرط أن تكون نية التجديد صريحة وظاهرة (سم ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٥ تق ج ٣٧ ، ٤٩٨) .

(٢) تقضى المادة ببطلان الكفالة اذا كان الدين المكفول به باطلا ما لم تكن الكفالة حاصلة بسبب عدم أهلية المدين . ومعنى ذلك أن عديم الأهلية يعتبر متحملا لتعهد طبيعى يصلح لأن يكون أساساً للكفالة . وقياساً على هذا النص قيل بصحة رهن المنقول أو الرهن التأمينى عن دين طبيعى . ويرى الأستاذ جوسران (ج ٢ بند ٧١٥) عدم التزام الكفيل وعدم صحة الرهن على نوعيه . لأن الكفيل لا يلتزم إلا إذا كان دين المكفول صحيحاً . وأن التامينات على اختلاف أنواعها هى عقود تبعية تتبع الالتزام الأصلى وجوداً وعدماً . وليس من المعقول أن يكون الحق التبعى أقوى أثراً من الحق الأصلى . ولكن هذا الرأى مدفوع بان المعقول لا يكفى لاغفال نصوص القانون أو تشويه الروح الظاهرة فيه .

الباب الثالث

التعهدات الاجلية والشرطية

افترضنا فى كل ما تقدم أن التعهد منجز ، وشرحنا النتائج المترتبة على هذا التعهد . وسنشرع الآن فى الكلام على التعهد المقترن بأجل أو بشرط والنتائج المترتبة عليه

الفصل الاول — التعهدات الأجلية

٨٠ — **تعريف** . الأجل هو أمر مستقبل محقق الحصول يتوقف عليه نفاذ التعهد أو سقوطه . وقد يتحدد الأجل سلفاً terme certain كالكمبيالة المستحقة الدفع فى تاريخ معين أو بعد انقضاء مدة معينة من تاريخ انشائها . وقد لا يمكن تعرف الأجل سلفاً terme incertain كما لو تعهد شخص بدفع مبلغ عند وفاة شخص معين . وأخيرا قد يكون الأجل غير محدد كما لو تعهد مدين بالوفاء عند الميسرة . وتملك المحاكم فى هذه الحالة تحديد الاجل الذى تراه مناسبا ومتفقا مع مقدرة المدين على الوفاء (١) . والخلاصة أن هو أمر مستقبل محقق الحصول ولو أن تاريخ حصوله قد لا يعرف سلفا بالدقة .

٨١ — **فى الاجل التوقيفى والفاسخ** . يوصف الأجل بأنه توقيفى اذا ترتب

---

(١) تعلق الوفاء بادارة المدين لا يحيل الأجل غير المعين الى شرط ارادى (سم ٧ نوفمبر سنة١٩٢٣ تق ج ٣٦ ، ١٤ و ١٥ نوفمبر سنة١٩٢٣ تق ج ٣٦ ، ٢٩ود، ١٩٠٦ ، ٥ ، ٢٨ ، و د ، ١٩١٣ ، ٢ ، ١٢٦)

عليه تأخير البدء فى التنفيذ . كالوصية التى تدفع إلى شخص عند بلوغه سن الرشد أو البيع المؤجل الوفاء به إلى شهر . والأجل الفاسخ هو الذى يترتب على وقوعه أى انتهائه زوال أو سقوط التعهد كالايجار المعقود لمدة ثلاث سنوات أو المرتبات المقررة لمدة الحياة . فالأجل الفاسخ هو انقضاء السنة الثالثة ووفاة الشخص الذى تقرر له المرتب

٨٢ — **فى مصادر الأجل** . ينقسم الأجل من حيث مصدره إلى أجل اتفاقى وأجل قضائى (م ١٦٨ و٣٣٣/٢٣١ و٤١٥ مدنى) .فالأجل الاتفاقى هو الذى يحصل باتفاق المتعاقدين . والأجل القضائى هو الذى تمنحه المحكمة الى المدين . وهما يختلفان فى تأجيلهما وفى سقوطهما . [١]

٨٣ — **فى الأجل الاتفاقى** . الأجل الاتفاقى le terme conventionnel هو نتيجة اتفاق المتعاقدين ويكون عادة صريحاً وتقدر مدته بعدد معين من الوحدات الزمانية (يوم ، أسبوع ، شهر ، سنة) أو بتاريخ معين . وقد يكون ضمنياً كما لو كان التعهد لا يمكن تنفيذه فوراً فيتعين الأجل طبقاً لما يقضى به عرف البلد أو تقدره المحكمة تبعاً للظروف (سم ١١ ابريل سنة ١٩١٧ تق ج ٢٩ ، ٣٦٠) .

٨٤ — **فيمن يستفيد من الأجل** . الأصل أن يكون الأجل لمصلحة المدين وهو عبارة عن مهلة تمنح له ليتمكن من الوفاء لذلك يستطيع المدين الوفاء قبل حلول الأجل إلا إذا كان العقد يمنع ذلك (م ١٠١ / ١٥٥ مدنى) ويجوز أن يكون الأجل لصالح الدائن وحده كما فى حاله الوديعة (م ٤٨٢ / ٥٩٠ مدنى) لأن حفظ الوديعة يحصل لمنفعة المودع وكالقرض المكفول برهن عقارى لأن الدائن يجد فيه وسيلة لتوظيف نقوده مدة معينة.

---

(١) قد يكون الاجل قانونيا terme légal وهو الذى يمنحه المشرع فى ظروف خاصة رفقا بالمدينين كاحوال التأجيل الجبرى للوفاء بالنسبة لعقود الايجار ، أو الاوراق التجارية .

وأخيراً يجوز أن يكون الأجل مشترطاً لصالح الطرفين المتعاقدين كالبيوع الآجلة فى بورصة العقود المنسأة حيث يستفيد البائع من الأجل ليتمكن من الحصول على ماباعه ويستفيد المشترى من الأجل ليتمكن من تدبير الثمن .

٨٥ — **فى الآثار المترتبة على الأجل** . سنقصر القول على الآثار المترتبة على الأجل التوقيفى على أن نعود إلى دراسة الأجل الفاسخ عند الكلام على أسباب انقضاء التعهدات .

لا يؤثر الأجل التوقيفى فى وجود التعهد لأنه حاصل من يوم الالتزام ولكنه يؤخر تنفيذ التعهد . يترتب على ذلك نتيجتان وهما أن الأجل يؤخر الوفاء وأن التعهد موجود رغماً عن وجود الأجل .

(١) فى آثار الأجل فى التعهد . يظهر أثر الأجل بالنسبة للتعهد من ثلاثة وجوه وهى عدم الاستحقاق وعدم التقادم واستحالة الوفاء .

ا — عدم الاستحقاق . إذا اقترن التعهد بأجل فلا يكون الوفاء مستحقاً فى الحال . والتأخير فى الوفاء هو نتيجة منح الأجل وبخاصة لأن الأجل يكون فى الغالب لمصلحة المدين . ويعتبر الأجل من هذه الوجهة دفعاً exception يجوز للمدين ابداؤه فى مواجهة الدائن إذا طالبه قبل حلول الأجل فالأجل يمنع الدائن من المطالبة ما دام الأجل لم يحل بعد .

ب — عدم التقادم . يترتب على عدم الاستحقاق عدم سقوط الحق فى المطالبة بمضى المدة وذلك لأن التقادم المسقط للحقوق يسرى فقط على الدائن المهمل الذى يسكت عن حقه بلا مطالبة مع استطاعته ذلك (م ٢٠٤/٢٦٨ مدنى) . والأجل يمنع الدائن من المطالبة لذلك يتعين أن يقف به سريان مضى المدة حتى يحل الأجل .

ج — استحالة الوفاء . اذا كان الأجل مقرراً لمصلحة الدائن وحده فيمتنع الوفاء على المدين قبل حلول الأجل إلا اذا قبل الدائن ذلك . فليس الممنوع فقط حق الدائن فى المطالبة ولكن الممنوع ايضاً عرض الدين أى

الوفاء أو التنفيذ الاختيارى للتعهد .

(٢) فى أثار التعهد أثناء الأجل . يبقى التعهد قائما أثناء الأجل ينبنى على ذلك أن التعهد ينتج كل آثاره فى الحال عدا التنفيذ القهرى . وأهم هذه النتائج هى صحة الوفاء الاختيارى ، وفى هذا تقول المادة ١٠١/١٥٥ مدنى . « اذا كان للتعهد أجل جاز للمتعهد الوفاء قبل حلوله إلا إذا كان العقد يمنع ذلك » . فاذا كان موضوع التعهد مبلغاً من النقود ودفعه المدين الى الدائن فلا يجوز للمدين أن يسترد مادفعه بعد ذلك . وذلك لأن الوفاء يسقط التعهد ويلاحظ أن من يفى ديناً لم يترتب فى ذمته يجوز له استرداده Condictîo indebiti . أما الدين الذى يدفع قبل حلول الأجل فلا يمكن استرداده وذلك لأن المدين دفع ما تعهد به وعلى ذلك، فلا يبحث فيما اذا كان المدين دفع اختياراً أو خطأً كما لو كان يظن أن الأجل حل مع أنه لم يحل بعد أو كمالو كان يجهل وجود الأجل .

٨٦ — *كيف ينقضى التعهد الاجلى* . يستحق وفاء التعهد عند انتهاء الأجل ويقال فى هذه الحالة أن الوفاء حل ميعاده وأصبح التعهد واجب الأداء كما لو كان منجزاً .

لكن الأجل يسقط ويحل الدين فى حالتين (١) فى حالة تنازل من اشترط الأجل لمصلحته rénonciation (٢) سقوط الأجل déchéance بسبب افلاس المدين أو اعساره أو اضعاف التأمينات المقدمة منه .

(١) التنازل عن الأجل . يملك العاقد الذى شرط الأجل لمصلحته التنازل عن الأجل فيعرض أو يطلب الوفاء حالا . فاذا كان الأجل مقرراً لمصلحة أحد العاقدين فيجوز له أن يتنازل عن الأجل بمحض ارادته . واذا كان الأجل مقرراً لمصلحة طرفى التعاقد فلا يملك أحد العاقدين التنازل عن الأجل بل يجب اتفاق الطرفين على ذلك ولا يكون ذلك إلا باتفاق جديد يزيل الشرط الخاص بالأجل .

ولا يذكر عادة فى العقود من هو الطرف الذى تقرر الأجل لمصلحته لكن القانون أقام قرينة من مقتضاها أن الأجل يتقرر غالباً لمصلحة المدين (م ١٠١/١٥٥ مدنى) إلا إذا كان الغرض من التعاقد يمنع ذلك. فاذا كان القرض بدون فائدة فيعتبر الأجل لمصلحة المدين. والأجل فى الوديعة الاختيارية يعتبر فى مصلحة المودع (م ٤٨٢/٥٩٠ مدنى) حتى لو كان مشترطا أن يعنى الوديع بحفظ الشىء مدة معينة من الزمن. ولكن الظروف أو شروط العقد قد يتبين منها أن العقد فى مصلحة الدائن والمدين كالقرض بفائدة.

٨٧ — فى سقوط الاجل: « إذا تعهد المدين بشىء لأجل معلوم وظهر افلاسه أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التى كانت محلا لوفاء التعهد فيستحق ذلك الشىء فوراً قبل حلول الأجل » (م ١٠٤/١٥٦ م).

(١) افلاس أو اعسار المدين [1] اذا أفلس المدين فلا يمكنه أن ينتفع بالأجل الذى تقرر لمصلحته. وقد قرر القانون التجارى هذه القاعدة فى المادة ٢٢١/٢٢٩. ووقوف التاجر عن الدفع يكفى لحرمانه من الأجل. وسبب حرمان المدين من الأجل فى حالة الافلاس هو ضرورة تصفية أموال المدين ومعرفة مقدار ديونه مرة واحدة. ويلاحظ من جهة أخرى أن الدائن لا يمنح أجلا لمدينه إلا لثقته بملاءة المدين والافلاس يزيل هذه الثقة

ولم يتعرض القانون لحالة المدين الذى يصبح معسراً. ولكن من الأمور المتفق عليها فى فرنسا ان كلمة « إفلاس faillite » تشمل حالة الاعسار وقد استعملت كلمة إفلاس فى القانون المدنى للدلالة على الاعسار وقد قيل أثناء الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الفرنسى أن المقصود من الاشارة الى

(١) أنظر كتابنا « الاوراق التجارية وأعمال البنوك والافلاس ص ٢٣٢ وما بعدها

الافلاس فى القانون المدنى إفلاس غير التاجر [١] . والذى يدل على أن القانون المصرى قصد أن يدل على حالة الاعسار بكلمة « إفلاس » هو ماجاء فى المادة ٢٨١ / ٣٥٣ مدنى . « إذا قلت التأمينات المعطاة من المشترى لدفع الثمن أو صار فى حالة اعسار يترتب عليه ضياع الثمن على البائع جاز للبائع المذكور حبس المبيع عنده ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن فيه إلا إذا أعطاه المشترى كفيلا » . ويمكن اعتبار هذه المادة تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة فى المادة ١٠٢ / ١٥٦ مدنى

ولكن كيف تثبت حالة الاعسار ؟ يعتبر الدائن فى حالة اعسار اذا كانت أمواله لا تكفى لدفع ماعليه من الديون الظاهرة . وانما إذا اضطربت أحوال المدين المالية بصفة مؤقتة ولم يستطع أن يفى بدين معين فلا يكفى ذلك لاعتباره فى حالة اعسار . وقد اختلفت الآراء فيما إذا كان الأجل يسقط بمجرد الاعسار أم أنه يشترط ثبوته بحكم قضائى : والرأى المعقول هو أن سقوط الأجل لا يثبت بحكم قضائى إلاّ اذا نوزع فى الوقائع المكونة للاعسار (بند ٢٩) ويجوز للمحكمة أن ترجع سقوط الأجل إلى تاريخ رفع الدعوى[٢] (بهذا المعنى ٣٠ مارس سنة ١٨٩٢ س ، ١٨٩٢ ، ١ ، ٤٨١ وتعليق Labbé) .

(٢) فى أضعاف التأمينات . اذا فعل المدين أمراً يوجب اضعاف التأمينات الخاصة sures Speciales التى كانت محلا لوفاء التعهد فيستحق الوفاء فوراً قبل حلول الاجل كما لو هدم المنزل المرهون أو قطع أشجاراً من

---

(١) "On peut faillir sans étre commerçant à la verité, la faillite alors est appelée déconfiture, mais peu importe la vérité lorsque la chose est la même ,, Locré XII P. 162

وقد استقر رأى القضاء الفرنسى على اعتبار الاعسار مشابها للافلاس (نقض فرنسى ٣٠ مارس سنة ١٨٩٢ د ، ١٨٩٢ ، ١ ، ٢٨١ وتعليق بلانيول و ٦ فبراير سنة ١٩٠٧ د ، ١٩٠٨ ، ١ ، ٤٠٨) .

(٢) من هـذا الرأى الاستاذ بلانيول فى تعليقه على حكم محكمة النقض الفرنسية (د ، ١٨٩٢ ، ١ ، ٢٨١) عدم وجوب صدور حكم بسقوط الاجل .

غابة أو حديقة مرهونة . انما اذا كانت تأمينات الدائن هى الضمان العام gage général الذى له على كل أموال مدينه وتصرف المدين فى بعض أمواله فلا يسقط الأجل لأنه لا يجوز الحظر على المدين التصرف فى أمواله (سم ٦ ابريل سنة ١٩٢٠ تق جزء ٣٢ ، ٢٥١)

ويجب أن يكون أضعاف التأمينات نتيجة فعل المدين فاذا حدث بقوة قاهرة كحريق أو جناية وقعت من الغير فلا يسقط الأجل انما يستثنى من ذلك الحالة التى أشارت اليها المادة ٥٦٢ / ٦٨٦ مدنى « اذا هلك العقار المرهون على الدين أو حصل فيه خلل بحادثة قهرية أوجبت الشك فى كفايته للتأمين فعلى المدين أن يرهن عقاراً غيره كافياً للتأمين أو أن يؤدى الدين قبل حلوله أجله وله الخيار فى ذلك ويكون الخيار المذكور لرب الدين اذا كان الهلاك أو الخلل حاصلا بتقصير المدين أو الحائز للعقار » . وهذه المادة تسرى على الخلل المادى فلا تسرى على الحالة التى تنقص فيها قيمة العقار بسبب ظروف اقتصادية . وكذلك تقضى المادة ٥٠٠ / ٦١٠ مدنى من جهة أخرى بأنه « اذا تعهد المدين تعهداً مطلقاً باعطاء كفيل سواء كان التعهد حاصلا باتفاق بينه وبين الدائن أو أمام المحكمة وأعسر الكفيل الذى قدمه وجب على المدين استبداله بكفيل آخر »

واذا رفض المدين تقديم التأمينات التى تعهد بتقديمها فيسقط الأجل الممنوح له لأن ذلك يعتبر بمثابة هلاك كل التأمينات (دويه ٢١ نوفمبر سنة ١٨٤٦ د . ١٨٤٧ ، ٢ ، ٢٨) وسقوط الأجل بسبب اضعاف التأمينات التى وعد بتقديمها لا يكون أبداً بحكم القانون . بل يجب طلبه من المحكمة التى لها أن تقضى أو لا تقضى به بعد بحث وقائع الحال (جوسران ج ٢ بند ٧٣٦)

٨٨ — **فى كيفية احتساب الأجل** . لا يدخل اليوم الأول dies a quo فى الأجل ولكن اليوم الأخير يحتسب ضمن الأجل dies ad quem فاذا تعهد المدين بالوفاء فى أول يونيه فلا يمكن مطالبته إلا فى ٢ يونيه لأن كل

يوم أول يونيه يدخل في الأجل . واذا تعهد المدين فى أول أبريل أن يفى فى ظرف عشرة أيام فلا يحتسب أول أبريل فى الأجل ولا يصير التعهد مستحق الوفاء إلا فى يوم ١١ أبريل ولما كان المدين لا يجوز اعتباره متأخراً إلاّ فى آخر دقيقة من يوم ١١ ابريل لذلك لا يمكن مقاصة المدين إلا فى يوم ١٢ ابريل .

٨٩ — **فى الأجل القضائى**[١] . (٢) تقضى المادة ٢٣١/١٦٨ مدنى « . . . انما يجوز للقضاة فى أحوال استثنائية أن يأذنوا بالوفاء على أقساط أو بميعاد لائق إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين » . وتمنح المحاكم هذا الأجل رفقاً بالمدين وتخفيفاً للشدة التى يريد الدائن القاسى أن يقابل بها مدينه السيء الحظ الحسن النية . وتملك المحاكم منح المدين أجلا للوفاء حتى لو كان التعهد منجزاً . ويجب على المدين أن يطلب الأجل عند نظر الدعوى فاذا صدر الحكم فى الدعوى الخاصة بالتعهد فلا يستطيع بعد ذلك أن يطلب منحه أجلا لأن المحكمة تكون قد استنفدت اختصاصها ولا تستطيع بعد ذلك أن تعدل الحكم بعد صدوره

وقد خرج القانون التجارى عن هذه القاعدة المقررة فى المادة ٢٣١/١٦٨ مدنى فقضى فى المادة ١٥٦ / ١٦٣ بأنه « لا يجوز للقضاة أن يعطوا مهلة لدفع قيمة الكمبيالة » ويسرى هذا الحكم على السند الاذنى أو الذى لحامله المعتبر من الأوراق التجارية . وكذلك يسرى على استعمال حق الاسترداد فى بيع الوفاء (م ٣٤٢ / ٤٢٧ مدنى) .

ولا يجوز الاتفاق على حرمان المدين من طلب هذا الأجل لتعلقه بالنظام العام . واذا كان بيد الدائن سند واجب التنفيذ وهو المشمول بالصيغة التنفيذية فيجوز للمدين أن يرفع الأمر الى المحكمة ويطلب منحه أجلا للوفاء .

---

(١) le terme judiciaire أو le delai de grace

٩٠ — **فى آثار الاجل القضائى** . لايمنع الأجل القضائى من المقاصة. أما الأجل الاتفاقى فهو يمنع من المقاصة . والاجل القضائى لا يمنع الدائن من توقيع الحجز التحفظى (سم أهلى ٢٨ ابريل سنة ١٩٠٣ ج ٢٠ ص ٢٣١) بخلاف الاجل الاتفاقى . ويسقط الاجل القضائى بأسباب سقوط الاجل الاتفاقى كالافلاس واضعاف التأمينات والحجز على منقولات المدين بمعرفة دائنين آخرين .

الفصل الثانى — فى التعهدات الشرطية

٩١ — **فى تعريف الشرط** . الشرط هو تعليق وجود أو زوال علاقة قانونيــة على حصول أمر مستقبل غير محقق (١٠٣/١٥٧ مدنى) فنتيجة التعهد الشرطى غير محققة لأن الأمر الذى يترتب عليـه وجود او زوال التعهـد محتمل الحصول . وينقسم الشرط الى شرط فاسخ وشرط توقيفى.

٩٢ — **فى خصائص الشرط** . يتميز الأمر الذى يكون موضوع الشرط بالمميزات الآتية : —

(١) يجب أن يكون الأمر مستقبلا . لأنه اذا كان الأمر حصل فعلا على غير علم المتعاقدين فلا يعتبر التعهد شرطياً فينشــأ التعهد أو يزول منذ اللحظة التى تم فيها التعاقد كما لو تعهدتُ أن أبيعك فى أول ابريل فحما بشرط أن تصل السفينة سالمة الى ثغر اسكندرية . وفى يوم أول ابريل كانت السفينة راسية فى الثغر على غير علم المتعاقدين فلا يوجد هنا ما يمنع من انعقاد العقد. ولكن اذا فرضنا أن السفينة غرقت فى أول ابريل على غير علم المتعاقدين فلا يوجد هنا شرط أو بيع لأنه فى الوقت الذى حصل فيـــه الاتفاق كان موضوع التعاقد معدوماً .

(٢) يجب أن لا يكون الأمر المستقبل محقق الحصول . لا يوجد شرط إذا كان الأمر المستقبل محقق الحصول حتى لو كان تاريخه غير معروف كما لو تعهد شخص بأن يعطى آخر مبلغاً من النقود اذا توفى فلان . فالوفاة محققة ونيـة العاقدين هى تأجيل الوفاء لحين وقوع الأمر المستقبل . لذلك لا تعتبر الوفاة شرطاً بل أجلا . كذلك عقود التأمين على الحياة لا تشمل على شرط بل أجل وهو وفاة المستأمن .

(٣) يجب أن لا يكون الأمر المستقبل مستحيلا . يجب أن يكون الأمر ممكن الحصول . فاذا كان مستحيلا كان التعهد باطلا . وذلك لأن من يعلق وفاء تعهد على حصول أمر مستحيل لا يرغب فى الواقع نفاذ التعهد كما لو تعهد شخص أن يدفع الى آخر ألف جنيه إذا صعد الى القمر . فمثل هذا الشرط يتعذر حصوله لأنه مضاد للقوانين الطبيعية ويدل على جنون أو عته من اشترط هذا الشرط .

انما اذا تعهد شخص بأن يدفع الى آخر مبلغ ألف جنيه اذا لم يصعد الى القمر . أو اشترط عليه استرداد المبلغ إذا بعث فلان من قبره فيعتبر التعهد منجزاً لأنه ظاهر أن الشرط مستحيل التنفيذ ، ويسمى الشرط المستحيل condition impossible.

(٤) يجب أن لا يكون الأمر مخالفاً للقوانين أو الآداب . اذا كان الشرط مخالفاً للقانون أو غير متفق مع الآداب فيكون التعهد باطلا ويسمى الشرط غير الجائز condition illicite ولا يترتب على عدم وفاء التعهد تعويض الدائن . كما لو تعهد شخص بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود . فالتعهد باطل .

ويجوز أن لا يكون الأمر مخالفاً للقانون ولـكن الشرط يعتبر غير جائز لمخالفته للنظام الاجتماعى كما لو تعهد شخص باعطاء آخر مبلغاً من النقود بشرط أن لا يتزوج والسبب هو أن هناك حقوقاً سياسية وشخصية لا يمكن

بحال من الأحوال أن يحرم منها بارادة الغير وكل شرط يسلب بعض أو كل هذه الحقوق يعتبر غير جائز . لذلك لا يجوز أن يكون محلا للشرط كل ماتعلق بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب .

(٥) يجب أن لا يكون الأمر موكولا لمحض إرادة المتعهد . ويسمى الشرط الارادى condition potestative وهو الذى يكل الأمر لارادة أحد المتعاقدين . وهذا الشرط مبطل للتعهد وذلك لأن التعهد هو رابطة قانونية تنقضى بفعل أمر أو بالامتناع عن أمر . وتتنافر طبيعة التعهد مع تعليقه على محض إرادة المتعهد ومثل هـذا الشرط يحل الرابطة القانونية التى بدونها ينعدم التعهد .

انما إذا كان الشرط يتضمن القيام أو عدم القيام بشىء فيعتبر التعهد صحيحاً فاذا تعهدتُ بأن أدفع اليك ألف جنيه إذا تعلقت إرادتى بذلك فلا يوجد تعهد . ولـكن إذا تعهدت بأن أدفع مائة جنيه إذا فعلتُ شيئاً معيناً فارادتى هنا ليست حرة فى تصرفاتها فقد أستطيع أن أفعل أوأن لا أفعل هذا الشىء ولـكن إذا قمت بفعل هذا الشىء فأُلزم بدفع ما تعهدت به . ويلاحظ أن الخيار فى البيع لا يعتبر باطلا كما لو تعهدتُ أن أبيعك هذا الشىء إذا أردتَ فالخيار هنا موكول لمن تعهدتُ له . والشرط يعتبر صحيحاً ولو أنه موكول لارادة المتعاقد الآخر . ويعتبر صحيحاً الشرط الارادى ، لأحد المتعاقدين فقط ، فى العقود الثنائية . أما الشرط الارادى المحض فهو معدم للتعاقد . مثال ذلك : أبيع لك هذا المنزل إذا أردتُ فالتعاقد هنا معدوم .

والتعهد المقترن بشرط إرادى فاسخ بالنسـبة لأحد المتعاقدين يعتبر صحيحاً كالبيع الوفائى أو الاتفاق على أن يكون للمستصنع حق طرد المستخدم فى أى وقت كالنص فى عقد الايجار على أن يكون للمؤجر الحق فى استلام العين فى أى وقت (كفر الشيخ جزئى ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ مجموعة رسمية ج ٢٢ ص ٧٩) .

٩٣ — فى الآثار المترتبة على الشرط : يجب أن نفرق بين آثار الشرط (١) الذى لا يزال أثره مجهولا أو الشرط المعلق (٢) والشرط الذى تحقق بوقوع الأمر المشروط أو الشرط المتحقق.

١ — آثار الشرط المعلق. لأجل أن نعين بالدقة ما يترتب على التعهد الشرطى قبل تحقق الشرط يجب أن نفرق بين الشرط الفاسخ condition résolutoire والشرط التوقيفى condition suspensive فالشرط الفاسخ هو الذى يسقط التعهد بتحققه بمعنى أن التعهد يكون لازماً من يوم التعاقد ثم يزول بتحقق الشرط مثال ذلك أعطيك مائة جنيه ولكن استرد منك هذا المبلغ إذا تزوجتَ بأجنبية. فالتعهد هنا ينتج كل آثاره منذ اليوم الذى يتم فيه التعاقد كما لو كان التعهد منجزاً.

والشرط التوقيفى هو الذى يتوقف على تحققه وجود التعهد فلا ينشأ التعهد إلا إذا تحقق الامر المستقبل. ولذلك يبقى التعهد موقوفاً لحين تحقق الامر المستقبل أى أنه لاينتج الآثار المترتبة عليه مادام هذا الامر المستقبل لم يقع بعد لكن المتعهد تحت شرط توقيفى لا يستطيع أن يسترد وعده. مثال ذلك أتعهد بأن أعطيك مائة جنيه اذا نجحتَ فى الامتحان او اذا تزوجتَ يترتب على ذلك أن من وضع الشرط لمصلحته يستطيع أن يتخذ كل الاجراءات التحفظية للمحافظة على حقه المعلق على شرط. فاذا كان دائناً فيجوز له أن يثبت صحة الامضاء اذا كان عقده عرفياً بدعوى تحقيق الخطوط vérification d'écriture ويجوز له أن يقيد inscrire الرهن الضامن لحقه واذا كان مالكا لحق عينى فيستطيع أن يسجل عقده وأن يقطع سريان التقادم المكسب للملكية الحاصل إضراراً به لاحتمال الاحتجاج عليه بهذا الدفع بعد تحقق الشرط. كما أنه يستطيع ان يتصرف فى حقه. وأخيرا اذا مات اثناء الشرط pendenta conditione فلا تنقضى جرثومة هذا الحق بوفاته بل تظل حية وينتقل الحق الى ورثته من بعده. انما يجب ان لانبالغ فى حق المتعهد له

وذلك أنه لايستطيع أن يقوم بعمل يستفاد منه اكتساب لهذا الحق كمقاضاة المتعهد أوكالانتفاع أو كاستعمال موضوع التعهد لأن من تصرف تحت شرط توقيفى يظل مالكا ما دام الشرط لم يتحقق بعد .

ب — آثار الشرط المتحقق . تقضى المادة ١٥٩/١٠٥ مدنى بانه اذا تم الشرط بوقوع الأمر المعلق عليه وجود التعهد أو بطلانه فيعتبر المتعهد به والحقوق اللاحقة له مستحقة أو لاغية من وقت الاتفاق على ذلك الشرط ويسمى الأثر الرجعى للشرط effet rétroactif ويجب أن نفرق بالنسبة لهذا الأثر بين الشرط التوقيفى والشرط الفاسخ .

٩٤ — ***الاثر الرجعى للشرط التوقيفى*** ، اذا تحقق الشرط فتعتبر آثار التعهد موجودة منذ اللحظة التى تم فيها التعاقد فاذا باع شخص منزلا وعلق البيع على شرط تحقق فيما بعد فيصير المشترى مالكا منذ اليوم الذى تم فيه التعاقد . يترتب على ذلك : — (١) اذا نقل البائع ملكية المبيع الى شخص آخر أو اذا قرر عليه حقوقاً عينية فلا يجوز الاحتجاج بهذه التصرفات على المشترى (٢) وعلى النقيض من ذلك إذا تصرف المشترى تحت شرط ، أثناء قيام الشرط ، فى حقه الشرطى أو اذا قرر عليه حقاً عينياً فتتأكد هذه التصرفات بتحقق الشرط .

٩٥ — ***الاثر الرجعى للشرط الفاسخ*** . إذا تحقق الشرط الفاسخ زالت كل الآثار المترتبة على التعاقد فى الماضى . يترتب على ذلك أنه : (١) اذا رد البائع وفاء الثمن إلى المشترى فى الأجل المحدد فيصير مالكا للشىء المبيع اعتباراً من اليوم الذى تم فيه البيع . من أجل ذلك قررت المادة ٣٤٥ / ٤٣١ مدنى بأنه « عند رجوع المبيع بيع وفاء الى البائع يأخذه خالياً عن كل حق ورهن وضعه عليه المشترى » كما أنه يجوز للبائع بيع وفاء « أن يطلب الاسترداد ممن انتقل اليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد فى عقد الانتقال » (م ٣٤٣ / ٤٢٩ مدنى)

(٢) إذا تصرف البائع فى حقه الاحتمالى فيصح هذا التصرف ويتأكد بتحقق الشرط

٩٦ — فى الاساس النظرى للاثر الرجعى : لأجل أن نتعرف مدى الأثر الرجعى للشرط يجب أن نتفهم الأسباب التى قامت عليها هذه القاعدة المقررة فى المادة ١٠٥/١٥٩ مدنى فنقول : إن الأثر الرجعى المقرر فى القانون هو حيلة قانونية fiction لأنه يرجع نتائج الشرط إلى وقت سابق على تحققه ولكن هذه الحيلة متفقة مع ارادة المتعاقدين لأنهم يفترضون وقت التعاقد أن الأمر المستقبل المتوقع الحصول وقع وقت التعاقد . ولولا قاعدة الرجعية لاستطاع العاقد تحت شرط أن ينقل حقه إلى الغير وأن يزيل سلفاً أثر الشرط بالتصرف فى الحق الى الغير قبل تحقق الشرط

يترتب على ذلك أن قاعدة الأثر الرجعى ليست من القواعد المطلقة وأنه يجب عند تطبيقها مراعاة إرادة المتعاقدين . يترتب على ذلك نتيجتان :

(١) أن أعمال الادارة actes d'administration التى يقوم بها المالك المؤقت propriétaire intérimaire قبل تحقق الشرط، مثل البائع تحت شرط توقيفى، لا تزول بتحقق الشرط ويجب احترامها بمعرفة المالك الجديد . وفى هذا تقول المادة ٣٤٥/٤٣١ مدنى بأن البائع وفاء يلتزم « بتنفيذ الايجارات التى أجراها ذلك المشترى بدون غش بشرط أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين »

(٢) إذا هلك الشيء المتعهد به بحادثة قهرية أو عرضية فى يد المالك المؤقت مثل البائع قبل تحقق الشرط فلا يلزم بدفع قيمة هذا الشيء ولو أن حق الملكية يزول فى الماضى عملا بقاعدة الأثر الرجعى . وقد قضت المادة ١٠٦/١٦٠ مدنى بأنه « إذا صار الوفاء بالمتعهد به غير ممكن قبل وقوع الأمر المعلق عليه وجود التعهد فلا يكون لهذا الأمر تأثير عند وقوعه » والأشارة هنا إلى الشرط التوقيفى

الباب الرابع
فى انقضاء التعهدات

٩٧ — فى أسباب انقضاء التعهدات : ذكرت المادة ٢٢١/١٥٨ مدنى الأسباب التى تنقضى بها التعهدات فقالت «تنقضى التعهدات بأحد الأوجه الآتية وهى . (١) الوفاء بالمتعهد به (٢) فسخ عقد التعهد . والمقصود هو انقضاء التعهد بسبب استحاله الوفاء « م ١٧٧/٢٤٠ مدنى » (٣) ابراء المتعهد مما تعهد به (٤) استبدال التعهد بغيره (٥) المقاصة (٦) اتحاد الذمة (٧) مضى المدة » والحقيقة أن أسباب الانقضاء ثلاثة عشر يمكن إرجاعها إلى ثلاثة أنواع وهى : —

أولا — انقضاء التعهدات المبنى على استيفاء الدائن حقه وهى : (١) الوفاء (٢) الوفاء بغير الشىء المتفق عليه (٣) تجديد التعهد (٤) المقاصة (٥) اتحاد الذمة (٦) الأجل السالب .

ثانياً — انقضاء التعهداب دون أن يستوفى الدائنون حقوقهم : (١) الابراء (٢) استحالة الوفاء (٣) مضى المدة أو تقادم الحقوق .

ثالثاً — انقضاء التعهدات المبنى على إبطال العقد . (١) بطلان العقد annulation (٢) فسخ العقد résolution (٣) فسخ العقد بارادة العاقدين résiliation (٤) حل العقد كاقالة الموكل لوكيله ورب العمل للعامل révo-cation . وهذا النوع متعلق بنظرية العقود .

الفصل الاول — فى الوفاء البسيط

٩٨ — فى تعريف الوفاء : الوفاء هو اجراء مقتضى التعهد على وجهه.

ويكون أما باعطاء شيء أو فعل أمر أو الامتناع عن فعل أمر. والوفاء يقتضى وجود تعهد. فاذا اعتقد الموفى solvens خطأ بوجود التعهد وقام بالوفاء وجب على الموفى اليه accipiens رد ما استولى عليه. وفى هذا تقول المادة ١٤٥ / ٢٠٦ م « من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده ». والوفاء هو الوسيلة العادية لانقضاء التعهدات وهو الغاية منها لأنها لم توجد الا لأجل أن تنقضى بالوفاء

٩٩ — **على من تجب الوفاء**. القاعدة أن كل شخص يمكنه أن يقوم بالوفاء وتقول المادة ٢٢٣/١٦٠ مدنى « اذا كان المتعهد به عبارة عن مبلغ من النقود فيجوز وفاؤه من شخص أجنبي ولو على غير رغبة الدائن أو المدين» والملزم ابتداء بالوفاء هو المدين أو وكيله ثم المتعهد معه كالضامن أو المتعهد عنه كالكفيل والغير ذو المصلحة الذى يهمه من الوجهة القانونية tiers juridiquement instressé انقضاء التعهد كالحائز للعقار المرهون. وأخيراً يجوز لأى شخص أن يقوم بالوفاء ولو كان غير ملتزم مع المدين أو ليس له مصلحة أو ليس لديه توكيل بالوفاء. ويقهر الدائن على قبول الوفاء مهما كانت صفة الموفى. انما يستثنى من ذلك التعهدات التى يكون المدين ملتزماً فيها بالقيام بعمل بنفسه أى التعهدات الملحوظ فيها شخصية المدين عند التعاقد كفنان أو صناع. وتقول المادة ٢٢٢/١٥٩ مدنى « لا يجوز الوفاء الا من المتعهد ما دام يظهر من كيفية التعهد أن مصلحة المتعهد له تستدعى ذلك ».

وللموفى حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه وله حق مطالبته به بناء على ما حصل له من المنفعة بسداد دينه (م ٢٢٤/١٦١ مدنى) ومعنى ذلك أن الموفى لا يمكن أن يستفيد من الوفاء. على أن القانون عمل من جهة أخرى على حماية المدين فقضى فى المادة ٢٢٦/١٦٣م بأنه « اذا دفع انسان دين آخر بغير ارادته فللمدين المذكور الحق فى عدم قبول ما دفع عنه كله أو بعضه اذا ثبت أن مصلحته كانت تقتضى امتناعه عن الدفع للدائن الأصلى » بسبب

انقضاء التعهد بالمقاصة أو بسبب بطلان الدين . وقد أحسن القانون الانكليزى حيث قضى بعدم رجوع الموفى الفضولى على المدين ، لأن الانسان لا يستطيع أن يكون دائناً رغم ارادة المدين أو بدون موافقته .

١٠٠ — **فى شروط صحة الوفاء** . يشترط لصحة الوفاء (١) أن يكون الموفى مالكا للشىء الذى يعطيه للوفاء إذا كان موضوع التعهد اعطاء شىء (٢) أن يكون الموفى أهلا للتصرف . وتقول المادة ١٦٥/٢٢٨ « يشترط لصحة الوفاء أن يكون المدين أهلا للتصرف والدائن أهلا للقبول » .

الشرط الاول . إذا حصل الوفاء من المدين بشىء غير مملوك له فيكون الوفاء باطلا . وسبب البطلان هو أن المدين يجب أن ينقل ملكية الشىء الذى خصصه للوفاء الى الدائنين . ولما كان المدين لم يكن مالكا للشىء الذى خصصه للوفاء فهو لم ينقل الملكية إلى الدائن ويجوز للدائن أن يتمسك بالبطلان لأن الوفاء بهذه الكيفية لا يبرىء ذمة المدين ويعتبر التعهد قائما بشرط أن يرد العين التى قدمت اليه ويطلب الوفاء من جديد . وإذا هلكت العين فى يده فتهلك على مالكها لأن ملكيتها لم تنتقل اليه عملا بقاعدة « التوى على المالك » ولا يجوز للدائن أن يحبس العين حتى يحصل الوفاء على الوجه الصحيح من المدين . انما إذا كان الموفى به نقوداً أو أشياء تهلك بالاستعمال واستهلكها الدائن بحسن نية بأن كان يجهل أنها غير مملوكة للمدين فلا يبطل الوفاء ويكون المدين وحده مسئولا أمام مالكها الحقيق . وأما إذا كان الموفى به شيئاً معيناً بالذات وكان موجوداً فى حيازة الدائن فيكون لمالكه حق الاسترداد . ولكن قد يحول بينه وبين الاسترداد حسن نية المدين المقترنة بالحيازة فى المنقول (م ٦٠٧ و ٧٣٣/٦٠٨ و ٧٣٤ مدنى) أو مضى المدة فى العقار (م ١٠٢/٧٦ مدنى) .

ولكن إذا سلم الدائن العين لمالكها الحقيق وكان فى مقدوره أن يتمسك بالحيازة أو بالتقادم فهل يجوز له أن يرجع على المدين ويطالبه بوفاء التعهد ؟

يمكن القول بأن هذا الدائن تعفف ارضاء لضميره من التمسك بالحيازة أو بمضى المدة وأنه يستطيع من أجل ذلك مطالبة المدين بالوفاء.

الشرط الثانى. يجب أن يكون الموفى أهلا للتصرف وإلا اعتبر وفاؤه باطلا. والموفى العديم الأهلية هو الذى له وحده حق التمسك بالبطلان. إنما إذا كان أوفى بالفعل ديناً صحيحاً مترتباً فى ذمته ولم يعد عليه ضرر من ذلك كان وفاؤه صحيحاً.

وفى هذا تقول المادة ٢٢٩/١٦٦م «ومع ذلك يزول الدين بدفعه ممن ليس أهلا للتصرف إذا كان مستحقاً عليه ولم يعد عليه ضرر من دفعه».

١٠١ — لمن يجب الوفاء. يحصل الوفاء (١) للدائن (٢) أو وكيله (٣) أو دائن الدائن (٤) أو الحائز للدين.

(١) الوفاء للدائن. يحصل الوفاء للدائن الأصلى أو لوارثه أو للموصى له بالدين أولمن تحول اليه الدين. ويشترط فى الدائن أن يكون أهلا للتصرف (٢٢٨/١٦٥) فاذا كان قاصراً فلا يعتبر الوفاء مبرئا لذمة المدين ويجبر على الدفع مرة ثانية عملا بقاعدة «من يدفع خطأ يدفع مرتين qui paie mal, paie deux fois» إلا اذا أثبت المدين أن الوفاء قد عاد بمنفعة على الدائن كما لو اشترى عديم الأهلية منزلا بثمن المثل. واذا استفاد بصفة جزئية من الوفاء فيرجع على الموفى بقدر ما أنفقه عديم الأهلية فيما لا يجدى نفعاً.

(٢) الوفاء لوكيل الدائن. اذا وكل الدائن شخصاً فى ادارة أمواله وفى قبض ماله لدى الغير فيجوز الوفاء الى هذا الوكيل. وغنى عن البيان انه يشترط فى الموكل أن يكون أهلا للتصرف. ولكن لا يشترط فى الوكيل أن يكون كذلك كما لو صرح تاجر الى مستخدم فى قبض ماله من الديون قبل زبنه. ويعتبر المحامى وكيلا للدائن اذا لم يكن توكيله قاصراً على المرافعة ويجوز الوفاء إلى المحضر المكلف بالتنبيه على المدين بالوفاء إذا كان معه مستند الدين أو إذا كان موكلا من قِبَل الدائن فى القبض. والوفاء إلى الوكيل

المعزول جائز اذا جهل المدين زوال الوكالة عن الوكيل (م ٥٣٠/٦٥١م) . ويعتبر صحيحاً الوفاء الحاصل الى الولى أو الوصى أو القيم على المحجور عليه لسفه أو عته أو الى الوكيل على الغائب غيبة منقطعة أو إلى زوج المرأة الدائنة فى القانون الفرنسى (م ١٣٤٢ مدنى فرنسى) .

(٣) الوفاء لدائن الدائن . اذا حجز دائن الدائن على ما فى ذمة مدين هذا الأخير وحصل الحاجز على تثبيت الحجز فالوفاء الحاصل بعد ذلك الى المدين المحجوز عليه يعتبر غير مبرىء لذمة المدين بالنسبة للحاجز ، وكذلك الحال اذا دفع المحجوز لديه (المدين) ما زاد على مبلغ الحجز الى الدائن (م ٤١٠/٤٧١ مرافعات) كما لو كان الدين الذى للحاجز فى ذمة المحجوز عليه ٤٠ جنيه والدين الذى فى ذمة المحجوز لديه ١٠٠ جنيه فلا يجوز لهذا الأخير أن يدفع الباقى وهو ٦٠ إلى دائنه وذلك لأنه يعرض الحاجز للضرر إذا كان للمحجوز عليه دائنون آخرون يشاركونه فى المبلغ المحجوز عليه وهو ٤٠ جنيه . فاذا قام المحجوز لديه بالوفاء رغماً عن توقيع الحجز تحت يده يلزم بأن يدفع الى الحاجز مقدار الخسارة التى عادت عليه بسبب هذا الوفاء

(٤) الوفاء للحائز للدين . اذا كان هناك محل للاعتقاد بأن الشخص الذى بيده مستند الدين هو الذى حل محل الدائن فيما له من الحقوق فيكون الوفاء الحاصل اليـه صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين ويسمى « الدائن الظاهر créancier putatif وهو الذى أشارت اليه المادة ١٦٧/٢٣٠م حيث قالت « يجب أن يكون الوفاء للدائن أو لوكيله فى ذلك أو لمن له الحق فى الشىء المتعهد به » وهو الذى يعتبره كل الناس صاحب الحق وهو ليس كذلك كالوارث الظاهر héritier apparent فاذا توفى شخص وآلت تركته الى شخص يدعى أنه الوارث وليس هناك معارض له ولا دليل على أنه كاذب فاذا استوفى حقوق المتوفى قبل الغير فيعتبر وفاؤهم صحيحاً حتى فى مواجهة الوارث الحقيقى أن ظهر بعد ذلك .

ويعتبر فى حكم الدائن الظاهر حائز الكمبيالة الذى يتقدم بها الى المسحوب عليه فى ميعاد استحقاقها فالوفاء الحاصل اليه يعتبر مبرئاً لذمة المسحوب عليه. وفى هذا تقول المادة ١٤٤/١٥١ تجارى بأن « من يدفع قيمة كمبيالة فى ميعاد استحقاق دفعها بدون معارضة من أحد فى ذلك يعتبر دفعه صحيحاً » كما لو حصل الحامل على الكمبيالة بتظهير مزور أو سرقها فيعتبر وفاء المسحوب عليه صحيحاً بشرط أن يكون حسن النية.

(٥) الوفاء لغير ذى صفة. اذا حصل الوفاء لغير من ذكروا كان غير مبرئ لذمة المدين ولو كان المستند بيد ذلك الشخص لجواز أن يكون سرقه أو عثر عليه فى الطريق انما يستثنى من ذلك: (١) اقرار الدائن صحة الوفاء الحاصل إلى ذلك الغير. والاقرار هنا يؤثر فى الماضى ويعطى هذا الغير صفة الوكالة (٢) اذا استفاد الدائن من الوفاء إلى الغير كما لو خصصت النقود لوفاء دين فى ذمة الدائن أو وصلت اليه النقود.

١٠٢ — *ما الذى يوفى به*. يجب أن يكون الوفاء على الوجه المتفق عليه (م ١٦٨/٢٣١ مدنى) ولا يجوز للمدين أن يقهر الدائن على قبول شىء أو أمر آخر حتى لو كانت قيمة ما يعرضه المدين تزيد على قيمة ما اتفق عليه إلا اذا قبل الدائن ذلك ويسمى الوفاء بغير الشىء المتفق عليه datìon en paiement

(١) واذا كان موضوع التعهد مبلغاً من النقود فيجب على المدين أن يدفع المبلغ المطلوب حسب قيمة النقود القانونية (الأسمية) وقت الوفاء. والسبب فى ذلك هو أن قيمة النقود معينة بمعرفة القانون وأن قوتها الابرائية أو الشرائية غير مرتبطة باتفاق المتعاقدين [1] (عكس ذلك سم ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ تق ج ٣٥ ، ١٨٢).

وهناك نقود لها قوة ابراء غير محدودة كالنقود الذهبيه وأوراق البنكنوت

---

(١) قد تختلف قيمة النقود الاسمية عن قيمة النقود المعدنية فالريال قيمته المعدنية نحو الثمانية قروش

اذا كان التعامل بها جبرياً ويقهر الدائن على قبول أية كمية تعرض عليه للوفاء أما النقود المساعدة (١) وهى التى تكون قيمتها المعدنيـة أقل من قيمتها القانونية كالنقود المسكوكة من الفضة والنيكل والبرونز فلا يقهر الدائن على قبولها للوفاء اذا تجاوزت الحد الذى عينه القانون . وتقضى المادة ١٤ من القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩١٦ على أنه « لا يجبر أحد على قبول نقود فضية بمبلغ تزيد قيمته على مائتى قرش ولا على قبول نقود من النيكل أو البرونز بمبلغ تزيد قيمته على عشرة قروش » .

وأوراق البنكنوت ليست أصلا من العملة القانونية التى يلزم الدائن على قبولها للوفاء ولكنها اعتبرت هكذا منـــذ ٣ أغسطس سنة ١٩١٤ وأصبحت المعـاملة بها جبرية وصارت غير قابلة للصرف أى الاستبدال بذهب cours forcé (السعر الالزامى) . وعلى ذلك يجوز للمدين أن يوفى بها دائنه من غير تحديد . وتقضى المادة ٣٣٩ عقوبات بأنه « يجازى بغرامة لا تتجاوز جنيها مصرياً من امتنع من قبول عملة البلاد الأهلية أو مسكوكاتها بالقيمة المتعامل بها ولم تكن مزورة أو مغشوشة »

وقد ترتب على تقرير السعر الالزامى للبنكنوت تضخمها وضعف قوة شرائها وعدم استقرار قيمتها مما دعى الأفراد ، هروباً من نقصـان وتقلب قيمتهـا واخطار الصرف ، الى الاتفـاق على اشتراط الوفاء بالذهب أو بنكنوت تمثل بعملة الذهب المبلغ المتفق عليه . ويرى القضـاء الفرنسى بطلان هذه الشروط فى المعاملات الداخلية وصحتها فى المعاملات الدوليـة بحجة أن القوانين التى فرضت السعر الالزامى متعلقة بالنظام العام وأن القانون ساوى بين الفرنك الذهب والفرنك الورق (نقض فرنسى ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ و ، د ، ١٩٢٨ ، ١ ، ٢٥ وتعليق الأستاذ كابتان) وينتقد معظم الشراح هذا الرأى لأن الذهب سلعة تخضع قيمتها لشتى العوامل .

---

(١) Monnaies de billon; token or subsidiary money

والأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات الأذنية المترتبة على أعمال تجارية أو المحررة بين تجار، والشيكات تستعمل كثيراً فى الأوساط التجارية وسيلة للوفاء لكن الدائن لا يجبر على قبولها : ولا تصلح النقود الأجنبية للوفاء لأنها ليست من العملة القانونية إلا اذا اتفق الطرفان على الوفاء بها . ومثل هذا الاتفاق لا يتنافر مع النظام العام فهو صحيح (١) .

(٢) وإذا كان موضوع التعهد شيئاً معيناً corps certain فيحصل تسليمه بالحالة التى هو عليها وقت الوفاء . ولا يسأل المدين عما يطرأ عليه من تلف أو فساد إلا اذا حصل ذلك بسبب اهمال المدين أو اذا كان مقصراً فى الوفاء — ويثبت التقصير بالتكليف الرسمى — وحصل التلف أو الفساد بحادث عرضى أو قوة قاهرة .

(٣) واذا كان موضوع التعهد من المثليات chose de genre فلا يبرأ المدين إلا اذا سلم شيئا من النوع المتفق عليه بشرط أن يكون متوسط القيمة فلا يلزم المدين بتسليم شىء من أحسن وأجود صنف كما أنه لا يبرأ اذا سلمه من أردىء نوع .

١٠٣ — **متى يجب الوفاء** . يجب أن يحصل الوفاء حالا الا اذا كان هناك أجل توقيفى أو أجل قضائى (م ١٦٨/ ٢٣١ مدنى) ويجوز للمحكمة فى حالة البيع أن تعطى لأسباب قوية ميعاداً للمشترى لدفع الثمن مع وضع

---

(١) يجب التنبه الى أنه يوجد فى مصر الآن فرنكان . الأول الفرنك المصرى le franc Egyptien وقيمته ٣ر٨٥٧٥ قرش كما حدده دكريتو ١٤ نوفمبر سنة ١٨٨٥ وقرار وزارة المالية الصادر فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٦ وزنته ٣٢٢ ملليجرام من الذهب الخالص والفرنك الفرنسى le franc Français كما حدده القانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٨ ويساوى الجنيه الانكليزى منه ١٢٤ر٢١ فرنك وزنته ٦٥ر٥ ملليجرام . ومن قضاء المحاكم المختلطة الثابت أن « فرنك » فقط المستعملة فى بعض العقود المحررة فى مصر تطاق على الفرنك المصرى (سم ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ تق ج٣٥ ، ١٨٢ وسم ٨ مايو ١٩٢٤ تق ج٣٦، ٣٥٣ وسم ٧ ابريل سنه ١٩٢٧ تق ج ٣٩ ، ٣٣٧ وسم ٢٣ يونيه سنة ١٩٢٧ تق ج ٣٩ ، ٥٦٧

المبيع تحت الحجز عند الاقتضاء (م٣٣٣ / ٤١٤ و ٤١٥ مدنى) فاذا تأخر المدين عن الوفاء فى الأجل المتفق عليه فيتحمل تبعة تأخيره بشرط أن يثبت تقصيره بصفة رسميه .

١٠٤ — **اين يجب الوفاء** . اذا اتفق العاقدان على مكان الوفاء فيجب أن يحصل فى هذا المكان (م ١٦٨ / ٢٣١م) . واذا كان المتعهد به شيئاً معيناً فمحل الوفاء هو المكان الموجود فيه عين الشيء المقتضى تسليمه اذا لم يتفق العاقدان على مكان آخر للوفاء (١٦٩ / ٢٣٢ مدنى) فاذا كان المتعهد به عبارة عن نقود أو أشياء معين نوعها أوفعلا فيعتبر الوفاء مشترطا حصوله فى محل المتعهد . فالثمن فى البيع الآجل يدفع فى محل المدين أى المشترى وايجار المنزل يدفع فى محل المستأجر (م ١٧٠ / ٢٣٣م) . والعبرة فى معرفة المحل هو موطن المدين الحالى لا الذى كان يقطنه وقت التعاقد . واذا اتفق العاقدان على حصول الوفاء فى محل الدائن فالعبرة أيضاً بالمحل الذى يقطنه وقت الوفاء لأنه ليس من المعقول أن يكلف الدائن بالانتقال الى موطنه القديم ليتلقى الوفاء من المدين فى ميعاده المحدد .

١٠٥ — **فى نفقة الوفاء** . تكون مصاريف الوفاء على المدين إلا اذا اتفق العاقدان على خلاف ذلك (م ١٧١ / ٢٣٤م) وتشمل النفقة مصاريف النقل والشحن والحزم (م ٢٨٣ ، ٢٨٤ / ٣٥٥ ، ٣٥٦ مدنى) ورسوم مستند التسليم أن كان له رسم ومصاريف شطب الرهن الذى يكفل الدين .

١٠٦ — **فى عدم تجزؤ الوفاء** . الأصل أن الوفاء يجب أن يقع تاماً والمدين لا يمكنه أن يقهر الدائن على قبول وفاء جزئى لأن الوفاء الجزئى يحرم الدائن من الانتفاع بماله على الوجه اللائق . أضف الى هذا أن الوفاء اذا كان عبارة عن نقود فالوفاء الجزئى يعرضها للضياع فيما لا يثمر . فالتعهد أعطى للدائن حقاً كاملا لا مجزءاً يعتمد عليه فى ميعاد الوفاء . واذا كان

التعهد عبارة عن قرض فيجب أن يكون الوفاء بالأصل وفوائده. وللدائن الحق فى أن يرفض قبول الأصل اذا لم يعرض المدين الفائدة أيضاً (م١٦٨/ ٢٣١م) انما يستثنى من قاعدة عدم تجزؤ الوفاء [1] الأحوال الآتية (١) يجوز أن يحصل الوفاء تباعا (أى جزءاً جزءاً) فى حالة الاتفاق (٢) اذا توفى المدين وقسمت تركته على ورثته فيتحمل كل واحد منهم بنصيبه فى الدين بنسبة ما أخذه من أعيان التركة. فاذا كانت أعيان التركة باقية بلا قسمة فللدائن أن يقتضى دينه كله ممن هى تحت يده منهم بدون تجزئة (٣) اذا أصبح المدين دائناً لدائنه بدين أقل مما عليه لدائنه فيحصل الوفاء بطريق المقاصة (م١٩٣/ ٢٥٧ م) ولا يسأل المدين بعد ذلك إلا عما زاد على الدين بعد المقاصة (٤) اذا كان للبدين كفلاء غير متضامنين وأعسر المدين وطالب الدائن هؤلاء الكفلاء فلهم أن يطلبوا تجزئة الدين bénéfice de division (٥) يجوز للقاضى أن يمنح المدين السيء الحظ أجلا قضائياً للوفاء أو أن يأذن بتقسيط الدين على أزمنة معينة (م ١٦٨/ ٢٣١ م) وبالنسبة لعقد البيع (م ٣٣٣/٣١٤، ٤١٥ م).

١٠٧ — فى كيفية خصم ما يدفع من الدين. [2] اذا كان المتعهد مديناً بعدة ديون من نوع واحد لدائن واحد ودفع مبلغاً غير كاف لسداد كل الديون فما هو الدين الذى يخصم منه ما تسدد؟ للاجابة على ذلك يجب التفرقة بين حصول الخصم بمعرفة المدين أو الدائن أو بحكم القانون.

(١) الخصم بواسطة المدين. أعطى القانون الى المدين حق تعيين الدين الذى يخصم منه مقدار مادفع (٢٣٥/١٧٢م): فالمدين له حرية تعيين الدين الذى يرغب وفاءه. انما يرد على حريته ثلاثة قيود: — (ا) اذا كان

---

(١) le principe de l'indivisibilité du paiement

(٢) l'imputation des paiements

الدين مؤجلا لصالح الدائن فلا يجوز للمدين أن يشترط الخصم من هذا الدين المؤجل (ب) اذا كان مقدار الدين يربو على ما دفعه المدين فلا يجوز له أن يعين الخصم من هذا الدين (ج) اذا كان المبلغ المدفوع لا يفى بالأصل والفوائد يبدأ باستنزال الفائدة والمصاريف ومازاد يخصم من الأصل وتقول المادة ١٧٣ /٢٣٦ م « يبتدأ فى الاستنزال بالمصاريف والفوائد قبل الخصم من رأس المال . »

(٢) الخصم بواسطة الدائن . اذا لم يعين المتعهد الدين الذى يخصم منه المبلغ المدفوع فللدائن الحق فى التعيين . والغالب أن الدائن يعين ذلك فى سند المخالصة الذى يسلمه الى المدين . والتعيين الذى يجريه الدائن فى هذه الحالة هو نتيجة اتفاق الدائن والمدين اذ يفترض أن المدين قبل تخصيص الدائن بدون اعتراض منه . ولكن اذا اعترض المدين وقت الوفاء على تخصيص الدائن المبلغ المدفوع لدين معين فيكون اعتراض المدين مقبولا ويجوز له أن يرفض قبول المخالصة بالصيغة التى يريدها الدائن .

وسواء حصل الخصم بمعرفة الدائن أم المدين فيجب أن لا يحصل بقصد الاضرار بدائن أو مدين آخر . ويلزم أن يقع الخصم بقصد إيفاء حق مشروع (نقض فرنسى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ د ، ١٩٢٥ ، ١ ، ١٤٥) . فالخصم يحتمل التعسف من جانب الدائن أو المدين . لذلك يجوز للمحكمة أن تصحح ما وقع وتجرى الخصم وفقاً لمصالح الخصوم المشروعة .

(٣) الخصم بحكم القانون . إذا لم يعين المدين وقت الوفاء (سم ١١ يونية سنة ١٩٢١ نق ج ٣٣ ، ٣٧٨) مادفع ولم يذكر فى المخالصة التى تسلمها من الدائن أى تعيين فيحصل الخصم وفاقاً للقواعد الآتية : — اذا كانت بعض الديون حالة والبعض الآخر مؤجلا يحصل الخصم من الديون الحالة ويبدأ فى الديون الحالة بالخصم من الديون التى للمدين صالح فى انقضائها (م ١٧٢ /

٢٣٥م) كالقرض بفائدة أو الدين المكفول[1] بكفالة او برهن (سم ١٤ يونيه سنة ١٩١٦ تق ج ٢٨ ص ٤٢٨) أو بحق اختصاص (استئناف أهلى ١٣ مارس ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢١٢) . فاذا حصل نزاع فالفصل فيه يكون للمحكمة واذا تساوت الديون فى نظر المدين فيخصم المدفوع من الدين الأسبق فالأسبق[2] . والعبرة فى الأسبقية بتاريخ التعاقد لا تاريخ استحقاق الدين

واذا كان هناك كفيل عن جزء من الدين ودفع المدين مبلغاً معادلا لما تعهد به الكفيل فهل يبرأ الكفيل من الكفالة ؟ يرى بعض الشراح استناداً على المادة ٢٣٥/١٧٢ م أنه يجب خصم المدفوع من الجزء المكفول حتى يبرأ الكفيل من تعهده وبهذه الكيفية تبرأ ذمة المدين قبل شخصين وهما الدائن والكفيل الذى له حق الرجوع على المدين اذا ألزمه الدائن بالوفاء . الا أن القضاء الفرنسى يرى أن الوفاء الجزئى لا يخلى الكفيل من تعهده بل تبقى كفالته باقية (نقض فرنسى ١٢ يناير سنة ١٨٥٧ د ، ٥٧ ، ١ ، ٢٧٨) ويرى بلانيول أن هذا الرأى أقرب الى نية المتعاقدين لأن الدائن الذى اقتضى كفيلا من المدين ينم عن رغبته فى الاحتفاظ بالكفالة لغاية انقضاء الدين (بلانيول ج ٢ بند ٤٤٥) وقد أتبع القانون الألمانى المدنى (م ٣٦٦) والقانون السويسرى (م ٨٧) هذا الرأى

١٠٨ — فى العرض والايداع[3] . يحدث أن الدائن يرفض قبول ما يعرضه المدين للوفاء لخلاف بينهما على المتعهد به أو على كيفية الوفاء أو على أجل الدفع . وقد رأى القانون أن لا يترك المدين تحت رحمة الدائن الذى قد يرفض قبول الوفاء بلا سبب صحيح وقد يكون الدائن غائباً أو

---

(١) سم ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ تق ج ٣٨ ، ٣٠٦

(٢) سم ٨ مايو سنة ١٩٢٤ تق ٣٦ ، ٣٦٢ وعكس ذلك سم ١١ يونية ١٩٢١ تق ج ٣٣ ، ٢٧٨

(٣) des offresa et de la consigation

مريضاً وليس له وكيل لقبول الوفاء لذلك أعطى القانون للمدين الحق فى ابراء ذمته عند حلول الأجل ، ووضع قواعد خاصة بالعرض والايداع . فيبدأ المدين بعرض المتعهد به على الدائن . وبعـــد اثبات رفض الدائن ما عرضه المدين ، يودع المتعهـد به على ذمة الدائن وبذلك تبرأ ذمة المدين كما لو حصل الوفاء ويقف سريان الفوائد [١] . ويشترط لصحة العرض توافر كل الشروط اللازمة لصحة الوفاء كحصوله الى من له حق استيفاء الدين وأن يشمل الاصل والفوائد والمصاريف .

١٠٩ — كيفية العرض اذا كان المتعهد به مبلغاً من النقود . اذا كان الدين عبارة عن نقود فتبرأ ذمة المدين بعرضه الدين عرضاً حقيقياً (م١٧٥/ ٢٣٨ م) على يد محضر ويحرر محضراً يبين فيه نوع النقود وعددها وقبول الدائن أو امتناعه وتوقيعه على المحضر أو امتناعه أو عجزه عن التوقيع ويشترط لصحة العرض أن يكون غير معلق على شرط ، وأن يودع مع الدين مقدار الفوائد المستحقة لغاية يوم الايداع (م ٦٨٩/٧٧٧ مرافعات) واذا نقص المبلغ المعروض نقصاناً يسيراً عن مقدار الدين فلا يقدح ذلك فى صحة العرض وفى اعتباره مبرئاً لذمة المدين لغاية المبلغ المعروض (سم ١٨ يناير سنة ١٨٩٣ تق ج ٥ ، ١٠١) وقد يكون هذا النقصان نتيجة نسيان المدين أو سهوه وكذلك يعتبر صحيحاً اذا تأخر المدين تأخيراً يسيراً وقصد الدائن أن يستغل هذا التأخير لغرض معين كفسخ عقد (سم ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ ، تق ج ٣٣ ، ٨) ويترك المحضر صورة من محضره لدى الدائن (م ٦٨٥ — ٦٨٧ مرافعات أهلى) والعرض الذى يحصل بطريق البريد عديم الجدوى .

١١٠ — الايداع : اذا قبل الدائن العرض يسلمه المحضر النقود بالايصال

---

(١) سم ٢٠ يناير سنة ١٩٢٠ ، تق ج ٣١ ، ١٤٨

اللازم . فاذا رفض الدائن العرض تودع النقود فى خزينة المحكمة وينبه المحضر على الدائن بأن يكون حاضراً وقت الايداع بشرط أن يكون الاخطار سابقاً على وقت الايداع بيوم كامل على الأقل . ويحصل الايداع فى الميعاد المعين حضر الدائن أو لم يحضر ويجب أن يشمل المبلغ المودع ما جد من الفوائد من يوم العرض الى يوم الايداع وفى حالة تخلف الدائن عن الحضور يجب اعلانه بصورة محضر الايداع فى الثلاثة أيام التالية للايداع .

واذا أراد المدين أن يستوثق من صحة العرض فيجوز له تقديم طلب الحكم بصحة العرض أو بطلانه بصفة دعوى أصلية أو فرعية (م ٦٩٥ / ٧٨٣ مرافعات) .

١١١ — **آثار الايداع** : اذا توافرت كل شروط الايداع قام مقام الوفاء . فتبرأ ذمة المدين ويقف سريان الفوائد ويتحمل الدائن هلاك المتعهد به وتبدأ هذه الآثار من يوم الايداع لا من يوم العرض .

١١٢ — **استرداد المودع** : يجوز للدين أن يسترد ما أودعه بشرط أن يثبت حصول الأخبار منه لدائنه على يد محضر برجوعه عن العرض وبعد مضى ثلاثة أيام من وقت الأخبار (م ٦٩٣ / ٧٨١ مرافعات) ولا يجوز الرجوع عن العرض ولا استرداد المودع بعد صيرورة الحكم الصادر بصحة العرض حكماً انتهائياً (م ٦٩٤ / ٧٨٢ مرافعات) . واذا استعمل المدين حق الاسترداد فلا تبرأ ذمة بقية المدينين أو الكفلاء . ولكن اذا أجاز الدائن للمدين أن يسترد ما أودعه فتبرأ ذمة بقية المدينين والكفلاء . واذا كان الدين مكفولا برهن أو حق امتياز وأجاز الدائن للمدين استرداد المودع فلا يجوز له أن يرجع على العين المرهونة لأن الايداع الصحيح يسقط هذه التأمينات .

١١٣ — **كيفية العرض اذا كان المتعهد به عقارا أو شيئا معينا** : اذا كان

المتعهد به عقاراً تبرأ ذمة المدين بتعيين حارس للعقار بحكم يصدر فى مواجهة المتعهد له (م ٢٣٩/١٧٦ مدنى) ويقوم الحارس بالمحافظة على العقار وقبض غلته . واذا كان المتعهد به شيئاً معيناً فيحصل العرض باعداد المتعهد به فى محل الوفاء وتكليف الدائن بالاستلام وتقول المادة ٧٨٦/٦٩٨ مرافعات « يحصل عرض العين المعينة التى لا يجب أولا يمكن تسليمها فى محل الدائن بمجرد التنبيه عليه باستلامها » والاشارة هنا الى الاشياء التى يصعب نقلها كقاطرة أو التى لم يقصد العاقدان وضعها فى محل اقامة الدائن فيحصل العرض بالكيفية المتقدمة . ويجوز للمدين أن يتحصل على تعيين حارس بمعرفة المحكمة للعين المعينة المعروضة (م ٦٩٩ / ٧٨٧ مرافعات) أو يطلب من المحكمة التصريح ببيعها بمعرفة محضر وايداع الثمن فى خزينة المحكمة على ذمة الدائن .

ولم تشر القوانين المصرية الى كيفية العرض اذا كان المتعهد به من الاشياء غير المعينة كتسليم مائة اردب قمح . والمعقول هو ان المدين ينبه على الدائن بالحضور فى زمان ومكان معينين لفرز المتعهد به وتعيينه لكى يستلمه الدائن . ويجوز للمدين ان يطلب من المحكمة تعيين خبير ليقوم بعملية الفرز ويتسلم المتعهد به .

١١٤ — **كيفية العرض اذا كان المتعهد به فعل امر او الامتناع عن فعل امر :** تقضى المادة ١٧٤ / ٢٣٧م بأن المتعهد بعمل شىء لا تبرأ ذمته من التعهد بمجرد عرضه على المتعهد له انه مستعد لعمله انما له عند امتناع المتعهد له عن قبول العمل وقت العرض أن يطالبه بتعويض الضرر المترتب على امتناعه .

١١٥ — **العرض فى الجلسة :** يحصل العرض وقت المرافعة أمام المحكمة ويسلم الشىء المعروض الى كاتب الجلسة وهو يودعه فى الخزينة إن لم يستلمه المتعهد له (م ٦٩٧ / ٧٨٥ مرافعات) .

١١٦ — **مصاريف العرض** . المتعهد له هو الذى يتحمل مصاريف العرض والايداع اذا استوفيا كل الشرائط القانونية . ولكن اذا قبل المتعهد له العرض ولم يسبق ذلك عرض ودى فالمدين هو الذى يتحمل مصاريف العرض .

١١٧ — **فى المعارضة فى الوفاء** : قد يمنع المدين من الوفاء الى دائنه خصوصاً اذا كان المتعهد به مبلغاً من النقود ويحصل هذا المنع بواسطة المعارضة التى تعلن الى المدين بمعرفة محضر ، ولا يجوز للمدين بعد اعلانه أن يوفى دائنه فاذا دفع رغماً عن اعلانه فيتعرض للدفع مرة ثانية .

وتحصل المعارضة بواسطة (١) حجز ما للمدين لدى الغير (٢) معارضة المالك الذى فقد سند الدين . وقد وضع القانون التجارى قواعد خاصة بضياع الاوراق التجارية .

١١٨ — **فى حجز ما للمدين لدى الغير** . هو اجراء يتمكن الدائن بمقتضاه من حبس ما لمدينه لدى الغير من نقود وعروض ليستوفى منها دينه ويفترض هذا الحجز وجود ثلاثة أشخاص وهم . (١) الحاجز (٢) المحجوز عليه (٣) المحجوز لديه . ويشترط فى هذا الأخير ان يكون من الغير بالنسبة للمحجوز عليه كالوكيل والوصى . ولا يعتبر المحجوز لديه من الغير اذا استطاع المدين أن يضع يده على ما فى حيازته من نقود دون أن يلتزم بمقاضاته كالصراف المعين فى محل المدين . فهذا الأخير يستطيع أن يستولى على كل أو بعض ما فى الخزينة رغم ارادة الصراف بعكس الحال بالنسبة للصيرفى . فأذا امتنع عن تسليم النقود المودعة لديه فلا يستطيع أن يأخذها قسرا عنه بل يلتزم بمقاضاته . كذلك يجب أن يكون هذا الغير مدينا للمحجوز عليه بنقود أو عروض فلا يجوز توقيع حجز على الاشياء الموجودة فى خزانة استأجرها المدين من صيرفى لأن الصيرفى لا يعتبر وديعاً للأشياء الموجودة فى الخزانة بل يعتبر مؤجرا

وكل ما يستطيع الدائن أن يتخذه من الاجراءات هو توقيع الحجز التنفيذى على ما فى الخزانة .

ويجوز للدائن أن يحجز تحت يده ما يكون فى ذمته لمدينه. ويسمى الحجز تحت يد الحاجز Saisie-arrèt sur soi - même . وصورته أن يكون الدائن مديناً لمدينه بدين غير معين أو غير مستحق الأداء مما يمنع من المقاصة لعدم توافر شرط التعيين أو الاستحقاق ويخشى من وفاء الدين المعين فيتصرف فيه المدين وعند ما يحل ميعاد الاستحقاق يجد الدائن نفسه أمام شخص معسر ، كذلك قد يخشى الدائن أن يستجد حاجزون فيفقد حقه فى المقاصة (م ١٩٩ / ٢٦٣ مدنى) على أن القانون أجاز للدائن فى هذه الحالة أن يطلب من الحاجز تحت يده ايداع ما فى ذمته فى خزينة المحكمة اذا رأى الدائن أن مدينه الحاجز يقصد التخلص من اجراءات التنفيذ (م ٤٣١ / ٤٩٣ مرافعات) .

ويشترط فى دين الحاجز أن يكون (١) محققاً : وقت توقيع الحجز فلا يجوز توقيع الحجز من أجل دين مقترن بشرط ، أو من أجل دين احتمالى مثل رصيد حساب جار لم يقفل بعد . وتسرى هذه القاعدة على الأصل لا على الملحقات الاحتمالية وتقول المادة ٤١١ مرافعات « لا يجوز لطالب الحجز أن يضم لدينه من الملحقات الاحتمالية أزيد من فوائد سنة مستقبلة ولا أكثر من عشر مبلغ الدين فى مقابلة ما يلزم من المصاريف انما لا يجوز فى أى حال من الأحوال أن يتجاوز ذلك العشر ثلاثة آلاف قرش » وتشترط المادة ٤٣٢ مرافعات مختلط أن يكون هذا العشر « أزيد من ثمانمائة قرش وأقل من أربعة آلاف قرشا » (٢) مستحقا : فلا يجوز توقيع الحجز من أجل دين مقترن بأجل إلا إذا كان الأجل لمصلحة الدائن أو إذا حرم المدين من الأجل بسبب إعساره . والأجل القضائى لا يحرم الدائن من توقيع الحجز لأنه لا يحرم من المقاصة .

١١٩ — فى الآثار المترتبة على حجز ما للمدين لدى الغير . إذا استكمل

الحجز كل الاجراءات القانونيه المفصلة فى قانون المرافعات من حيث إعلان المحجوز لديه به وإخبار المحجوز عليه بتوقيع الحجز وطلب الحكم بصحته اذا كان الحجز حاصلا بغير حكم أو سند مشتمل على الصيغة التنفيذية واذا أخطر المحجوز لديه بأن المحجوز عليه قد أخبر بالحجز ترتبت عليه آثار تختلف باختلاف كل دور من أدوار الحجز وهاك بيانها .

(١) فى الآثار المترتبة على إعلان الحجز للمحجوز لديه . تختلف هذه الآثار بالنسبة للمحجوز لديه والمحجوز عليه .

١ — آثاره بالنسبة للمحجوز لديه . يترتب على اعلان الحجز للمحجوز لديه حبس الأموال والعروض التى للمحجوز عليه فى ذمة المحجوز لديه فلا يستطيع هذا الاخير منذ اللحظة التى يتسلم فيها الاعلان ان يوفى الى المدين مافى ذمته فان أوفى أعتبر وفاؤه باطلا بالنسبة للحاجز وألزم بالوفاء مرة ثانية يستثنى من ذلك الوفاء الى دائن مرتهن أو ممتاز أو اذا كان الوفاء يترتب عليه المحافظة على حقوق المحجوز لديه كما لو طالبت شركة مساهميها بالجزء غير المدفوع من قيمة الاسهم ثم أوقع دائنو الشركة حجزاً تحت يد المساهمين فيجوز للمساهمين الوفاء الى الشركة رغم قيام الحجز خشية أن تستعمل الشركة حقها فى التنفيذ بالبورصة أى اعتبارها الأسهم الموجودة تحت يد المساهمين ملغاة واصدار أسهم جديدة بدلها وبيعها فى البورصة لتقتضى من ثمنها مالها فى ذمة المساهمين[1]. على أن فى مقدور المحجوز لديه الخروج من هذا العنت اذا أودع القدر المحجوز عليه بصندوق المحكمة (م ٤٢٢ / ٤٨٤ مرافعات) كذلك يترتب على الاعلان عدم جواز التمسك بالمقاصة اذا أصبح المحجوز لديه دائنا للمحجوز عليه (م ١٩٩ / ٢٦٣ مدنى) وأخيراً يترتب على الاعلان قطع سريان المدة لمصلحة المحجوز عليه ضد المحجوز لديه (م ٨٢ / ١١ مدنى)

ويلاحظ أن الحجز لا يعطى للحاجز امتيازا على الاموال المحجوزة .

---

(١) أنظر كتابنا شرح القانون التجارى ج ١ ، بند ١١١

ولذلك يجوز أن تتوقع حجوز أخرى . ولنفرض أن الحاجز الأول حجز من أجل ٤٠٠ جنيه على دين مدينه البالغ ألف جنيه فاستبقى المحجوز لديه ما يكفى لوفاء الحجز الأول ثم دفع الباقى الى المحجوز عليه ثم حجز دائن آخر بمبلغ ٤٠٠ جنيه . فهل يقسم المبلغ الذى استبقاه المحجوز لديه مناصفة بين الحاجز الأول والثانى ولا يستولى كل منهما الا على مائتى جنيه ؟ الجواب هو أن وفاء المحجوز لديه إلى المحجوز عليه يعتبر صحيحاً إلا أنه ضار بالحاجز الأول بسبب اشتراك الحاجز الثانى معه فى اقتسام المبلغ المحجوز عليه . لذلك يكون الحاجز الأول هو وحده صاحب الحق فى الاعتراض على هذا الوفاء، ومطالبة المحجوز لديه بتعويض ما لحقه من الضرر . أما الحاجزون التالون للوفاء فليس لهم حق الاعتراض على تصرف المحجوز لديه لأن حقهم لم يتعلق بالمال المحجوز بأى حال

واذا حجز على ما للمدين لدى الغير ثم أحال المدين أجنبياً بالزائد له عند المحجوز لديه أو بعضه واستوفيت شروط الحوالة ثم ظهر بعد ذلك دائنون آخرون ووضعوا الحجز فهؤلاء يتحاصون مع الحاجزين السابقين ومع المحال بشرط أن ينقص من حصة كل من الحاجزين المتأخرين قدر ما يفى بإتمام مبلغ الحوالة كل منهم بحسب ما يخصه بالنسبة لدينه . فاذا فرضنا أن الحجز الأول كان عن ٥٠ جنيه والحوالة بمبلغ ٥٠ جنيه فيتساوى الحاجز والمحال ويقسم بينهما قسمة غرماء . واذا أوقع حاجزون آخرون حجزاً على الدين فيقسم الدين قسمة غرماء بين الحاجزين السابقين واللاحقين والمحال ثم يكمل كل دين المحال من نصيب الحاجزين اللاحقين له (م ٤٣٣ / ٤٩٥ مرافعات).

وبسبب ما يترتب على الحجز من حبس الدين — وقد يكون الحجز حاصلا عن دين طفيف فيتأذى المحجوز عليه — أجاز القانون المصرى للمحجوز لديه أن يودع فى خزينة المحكمة القدر المحجوز عليه وتخصيصه لدين الحاجز ويسلم الباقى فى ذمته إلى المحجوز عليه (م٤٢٣/٤٨٥ مرافعات) وأجازت المحاكم المصرية للمحجوز عليه مطالبة المحجوز لديه باجراء هذا التخصيص.

ب — آثاره بالنسبة للمحجوز عليه . يترتب على الاعلان وضع الدين المحجوز عليه فى كنف القضاء واعتبار المحجوز لديه شبه حارس عليه . ولا يستطيع المحجوز عليه أن يخرج هذا الحق من ثروته أو أن يضعف قيمته ومعنى ذلك رفع يده عن هذا الحق مع بقائه دائناً، واعتبار هذا الحق داخلا ضمن الضمان العام الذى للدائن على أموال مدينه مما يترتب عليه امكان توقيع حجوز عليه بمعرفة دائنين آخرين كما أسلفنا .

(٢) فى الآثار المترتبة على الحكم بصحة الحجز . اذا كان السند المستند اليه الحاجز فى وضع الحجز غير واجب التنفيذ أو اذا كان دينه غير مقدر فيتعين عليه أن يستحصل على حكم بصحة الحجز أو بتقدير الدين تقديراً نهائياً (م٤١٧/٤٧٥ مرافعات) . وسنورد فيما يلى الآثار المترتبة على هذا الحكم .

ا — آثار الحكم بين الحاجز والمحجوز عليه . لا يترتب على هذا الحكم براءة ذمة المحجوز عليه إلا بالوفاء الحاصل بمعرفة المحجوز لديه وتكون براءة الذمة بمقدار المبالغ المدفوعة .

ب — آثار الحكم بين الحاجز والمحجوز لديه . يترتب على هذا الحكم أن المحجوز لديه يستطيع أن يدفع إلى الحاجز أقل الدينين . ولكن اذا أبقى المحجوز تحت يده الدين وحكم بصحة الحجز ثم جد حاجزون آخرون فهل يكون للحاجز الأول أولوية على بقية الحاجزين ؟ يرى بعض الشراح أن الحكم بصحة الحجز هو طريقة للوفاء وأنه لا يخرج الدين من ثروة المحجوز عليه وان باب الحجز يظل مفتوحاً لحين انقضاء الموعد المحدد للتقديم فى التوزيع . ويرى فريق آخر أن الحكم بصحة الحجز يخرج الدين من ثروة المحجوز عليه وينقله إلى ثروة الحاجز من طريق الحوالة القضائية . وبذلك يصبح الحاجز دائناً للمحجوز لديه . يترتب على ذلك اختصاص الحاجز بما حجز عليه وعدم تأثره بأى حجز يستجد بعد ذلك وقد تردد القضاء المختلط بين هذين الرأيين .

الفصل الثانى — فى الوفاء مع الحلول محل الدائن

١٢٠ — فى معنى الحلول . ينقضى التعهد بالوفاء اذا كان المدين هو الموفى ولكن اذا قام بالوفاء غير المدين فيبقى التعهد قائماً بالنسبة للمدين . ولمن أوفى بدل المدين الحق فى الرجوع عليه بما أوفى إما بصفته وكيلا أو فضولياً حسب الأحوال . وقد يكون للغير دعوى المقرض اذا أقرض المدين نقوداً ليدفع بها الدين . وقد يكون للموفى دعوى الدائن الذى أوفاه اذا انتقلت اليه حقوق الدائن الأصلى قِبَل المدين . وانتقال هذه الحقوق الى الموفى يحصل بواسطة الحلول subrogation ومتى حل الموفى محل الدائن انتقل الى الأول الحق المتعهد به وجميع ملحقاته كالتأمينات وخلافها .

١٢١ — فى فوائد الحلول . يستفيد الدائن الجديد من الحلول اذ يضمن بواسطته استرداد مادفعه بفضل انتقال التأمينات اليه . ويستفيد الدائن الأصلى لأن الحلول يغرى الغير على الوفاء فى وقت لا يستطيع فيه المدين الوفاء . ويستفيد المدين الذى يتعذر عليه الوفاء من قيام الغير بالوفاء فتبرأ ذمته من الدين قبل الدائن القديم .

١٢٢ — فى ماهية الحلول : الوفاء مع الحلول هو وفاء مبرئ للمدين والحلول الذى يلازم هذا الوفاء هو نظام قانونى مقتضاه ان التعهد الذى أوفاه الغير يبقى قائماً لصالحه ينتقل اليه مع جميع ملحقاته لكن هذا التعهد يعتبر منقضياً بالنسبة للدائن الأصلى . وفى الحق أنه لا يمكن تصور انقضاء التعهد بالنسبة للدائن الأصلى مع القول ببقائه بالنسبة للدائن الجديد . والحلول على هذه الصور مناقض للمنطق القانونى . ولكن الفوائد الكثيرة التى تترتب على الحلول جعلته ضرورة من ضرورات الحياة . وقد تتنافر هذه الضرورات أحياناً مع المنطق القانونى وقد ضحى المشرع المنطق القانونى تحقيقاً لبعض ضرورات عملية (كابتان ج ٢ ص٩٢) .

١٢٣ — **فى أحوال الحلول** . لا يحصل الحلول دائماً لصالح الأجنبى الموفى فهو لايقع إلا بالاتفاق أو بحكم القانون .

(١) **الحلول الاتفاقى**[١] . يحصل الحلول الاتفاقى برضاء الدائن أو برضاء المدين .

ا — الحلول برضاء الدائن . يجوز للدائن الذى يستوفى دينه من شخص غير المدين أن يحله محله كما أن للدائن الحق فى أن يرفض ذلك . ويتعدى هذا الحق الى كل شخص يجوز له أن يتلقى الوفاء نيابة عن الدائن . فالمحضر بصفته وكيلا عن الدائن فى قبض الدين يجوز له احلال الموفى محل الدائن الأصلى . ويجب لصحة الحلول توافر شرطين وهما أن يكون الاحلال صريحاً وأن يقع حين الوفاء لا بعده . وذلك لأن الوفاء يسقط التعهد وملحقاته كالتأمينات والرهون . وفى هذا تقول المادة ٢٢٥/١٦٢ « التأمينات التى كانت على الدين الأصلى تكون تأميناً لمن دفعه . . . اذا قبل الدائن عند الاداء له انتقال التأمينات لمن دفع الدين اليه » ويحصل الحلول غالباً فى مستند المخالصة . ولم يشترط القانون استعمال صيغة خاصة . ومثال الحلول : باع شخص عقاراً وتعهد المشترى أن يدفع الثمن بعد انقضاء خمس سنين بفائدة ٦ ٪ فاذا احتاج البائع الى الثمن بعد انقضاء سنة فهو يستطيع أن يحصل على الثمن من متمول فى نظير احلاله محله فيما له من الحقوق قبل المشترى .

ب — الحلول برضاء المدين . أجاز القانون للمدين أن يقترض من أجنبى ما يكون منه وفاء التعهد وأن يحل ذلك الشخص محل الدائن فى حقوقه أى فى الدين والتأمينات التى كانت للدائن الأصلى (م ١٦٤ مدنى أهلى) ، ولا يشترط القانون المدنى الأهلى أن يكون الاتفاق على الحلول ثابتاً بعقد رسمى لكن القانون المختلط يشترط أن يكون الاقتراض والحلول ثابتين بعقد

---

(١) subrogation conventionelle

رسمى . وفى هذا تقول المـادة ٢٢٧ مدنى مختلط « يجوز للمدين أن يقترض بدون وساطة دائنه من شخص آخر ما يكون منـه وفاء المتعهد به وان ينقل لذلك الشخص التأمينات التى كانت للدائن الأصلى بشرط أن يكون الاقتراض والنقل ثابتين بسند رسمى »

واذا كان القـانون الأهلى لم يشترط تحرير عقد رسمى الا أنه يشترط لامكان الاحتجاج بالحلول على الغير أن يكون الحلول ثابت التاريخ عملا بالمادة ١٤٢/٢٠٣ م التى تقول « ولا يجوز التمسك بها (أى بالمشارطات) على الغير الا اذا كان تاريخها ثابتاً بوجه رسمى » وتقول المـادة ٢٢٨/٢٩٢ « لـكنها — المحررات الغير الرسميـة — لا تـكون حجة على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً » واذا كان الدين مضموناً برهن عقارى أو امتياز عقارى فيجب التأشير بالحلول بهامش التسجيل الأصلى وفى هذا تقول المـادة ١٣ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٢٣ « لا يصح التمسك فى وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو بامتياز عقـارى ولا التمسك بالحق الناشىء من حلول شخص محل الدائن فى هذه الحقوق بحكم القانون أو بالاتفاق ولا التمسك كذلك بالتنازل عن ترتيب الرهن العقارى إلا إذا حصل التأشير بذلك بهامش التسجيل الأصلى . ويتم التأشير بنـاء على طلب المحول اليـه أو الدائن المرتهن أو الذى حل محل الدائن السابق . ويشتمل التأشير (أولا) على تاريخ السند وصفته (ثانياً) على أسماء الطرفين وألقابهم وصناعاتهم ومحل اقامتهم (ثانياً) على بيان التسجيل الأصلى مع نمرته المسلسلة وتاريخه ورقم صفحة التسجيل » .

ولا يشترط فى الحلول برضاء المدين قبول الدائن . فاذا امتنع عن قبول الوفاء فيعرض عليه المتعهد به عرضاً حقيقيـا وان أصر على الرفض تودع النقود على ذمته فى خزينة المحكمة .

(٢) **فى الحلول بحكم القانون**[1] . يقع الحلول بحكم القانون فى ثلاثة أحوال ذكرها القانون فى المادة ١٦٢ / ٢٢٥ م وهى :

(ا) الحلول محل دائن ممتاز أو مرتهن . اذا ألح الدائن فى الحصول على دينه وكان دينه مقدما على غيره بناء على رهن أو امتياز وكان هذا الدين أقل من قيمة العين فلا يتردد الدائن فى التنفيذ على أموال المدين . وقد يقع ذلك فى ظرف غير ملائم بسبب أزمة اقتصادية فيلحق ضرراً بليغا ببقية الدائنين الذين يلونه فى المرتبة . من أجل ذلك أجاز القانون لكل دائن سواء أكان مرتهناً أم ممتازاً أم عاديا أن يدفع الدين ويحل محل الدائن المرتهن وبذلك يكسب المدين وقتا لبيع أمواله فى الوقت المناسب والوفاء بجميع المطلوب منه . ولأجل أن يحل الموفى محل الدائن الأصلى يجب (١) أن يكون دائنا للمدين (٢) وأن يكون الدائن الأصلى مقدما عليه فى المرتبة فالدائن الممتاز متقدم على الدائن المرتهن والدائن المرتهن الثانى يستطيع أن يحل محل الدائن المرتهن الأول إذا أوفى اليه دينه .

ويجوز أن يكون للدائن المتقدم مصلحة فى ابعاد دائن يليه فى المرتبة يصعب الاتفاق معه . فللدائن المتقدم الموفى أن يحل محل الدائن الذى استوفى حقه انما يكون الحلول هنا برضاء المدين .

(ب) حلول مشترى العقار المرهون محل الدائنين المرتهنين . اذا اشترى شخص عقاراً مرهونا ودفع الثمن الى البائع فهو يتعرض لدعوى الدائنين المرتهنين اذا كانوا لم يستوفوا ديونهم من مدينهم البائع ، لذلك أجاز القانون للمشترى أن يؤدى الثمن مباشرة إلى الدائنين المرتهنين على حسب أسبقيتهم فى الرهن . والوفاء على هذه الصورة يبرىء المشترى قِبَل البائع ويحل المشترى محل الدائنين المرتهنين أو المتقدمين فى الدرجة ويكون له حق الأولوية على

---

(١) sulragation Légale

كل الدائنين . ولا تظهر فائدة هذه الحلول إلا فى حالة ما اذا كان ثمن العقار لا يفى بحقوق كل الدائنين المرتهنين لأنهم يستطيعون أن ينفذوا على العقار المرهون فاذا رسى المزاد على أجنبى فيكون للمشترى الحق فى الاستيلاء على الثمن الذى دفعه باعتباره حالا محل الدائنين المتقدمين فى المرتبة واذا تبقى شىء من ثمن العقار فيستولى عليه بقية الدائنين وهذه الحالة من شأنها أن تمنع الدائنين المتأخرين فى المرتبة من التنفيذ على العقار خصوصا اذا كانت ديونهم تزيد على ثمنه إلا اذا كانوا يرجون أن يباع بثمن مرتفع . ويجوز لمشترى العقار أن يتبع طريقة التطهير المنصوص عنها فى المادة ٥٧٥ / ٦٩٨ مدنى ولكنها قليلة الاستعمال فى مصر .

(ج) حلول المدين الملتزم بالدين محل الدائن . يستفيد من هذا الحلول فريقان من الملتزمين وهما (١) الملزمون مع الغير وهم المدينون المتضامنون والمدينون بتعهد غير قابل للقسمة والكفلاء فى علاقتهم مع بعضهم بعضاً لأن الكفيل اذا دفع الدين كله فيكون دفع دينه ودين غيره من الكفلاء (٢) الملتزمون عن الغير وهم الكفيل فى علاقته مع المدين ومن قدم كفالة عينية والأجنبى الحائز للعقار المرهون الذى يدفع الديون المسجلة على العين . والفرض هنا أن هذا الأجنبى غير ملزم بالدين كمدين أصلى أو كفيل (م ٥٧٨/٧٠١م) ويحل الدائنون الملتزمون مع الغير محل الدائن حلولا جزئياً بعد استنزال ما يخصهم من الدين . أما الدائنون الملزمون عن الغير فيحلون محل الدائن بكل ما أوفوه .

١٢٤ — فيما يترتب على الحلول . ينتج الحلول سواء أكان اتفاقياً أم قانونياً نتائج واحدة . وأول أثر يترتب على الحلول هو نقل التعهد أى أن المدين يصبح مديناً لدائن جديد وتنتقل مع التعهد الحقوق التبعية الخاصة به الى الدائن الجديد كحق الامتياز والرهن . فاذا كان الدين تجارياً جاز للدائن

الجديد أن يقاضى المدين أمام الدائرة التجارية (مختلط) واذا كان الدين ثابتاً بسند رسمى أو بحكم جاز للدائن أن ينفذ فوراً على أموال المدين . واذا كان الدين ناشئاً عن عقد بيع كما لو حل الدائن الجديد محل البائع جاز للدائن أن يرفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن (م٣٣٢/٤١٣ مدنى) واذا كان الدائن الأصلى سجل تنبيه نزع الملكية وأصبحت الثمرات ملحقة بالعقار جاز للدائن الذى حل محله أن يستفيد من الآثار المترتبة على تسجيل التنبيه . واذا استطاع الدائن الأصلى رفع الدعوى البوليسية لتوافر شروطها جاز للدائن الجديد أن يستعمل هذا الحق . وبالجملة فالحلول يعطى للدائن كل الحقوق التى تنشأ عن الحوالة أى كل الحقوق التى للدائن القديم . إنما يرد على الأثر الناقل للتعهد قيدان : (١) الغرض من الحلول هو إعطاء الدائن الحال حق الرجوع لكى يتمكن من الحصول على ما دفعه . ينبنى على ذلك أنه اذا ابرأ الدائن الأصلى المدين من جزء من الدين لكنه أعطى الى الدائن الجديد (الحال) مخالصة كاملة عن كل الدين فلا يلزم المدين إلا بدفع المبلغ الحقيقى الذى دفع فعلا إلى الدائن الأصلى (٢) اذا كان الدائن الجديد ملزماً بدفع الدين وحل محل الدائن الأصلى فلا يجوز له أن يطالب الضامن إلا بالنصيب الذى يجب أن يتحمله الضامن فى النهاية . بعكس الدائن الأصلى فيجوز له أن يطالب أحد الملتزمين بكل الدين .

١٢٥ — **فيمن يرجع عليهم فى حالة الحلول** . يجوز للدائن الجديد الرجوع على المدينين والكفلاء . واذا كان الدين مضمونا برهن عقارى وانتقلت العين المرهونة الى أجنبى فيجوز للدائن أن ينفذ عليها عملا بحق التتبع .

ويجوز للدائن الجديد أن يرجع على المدين لا بصفته حالا محل الدائن القديم بل بصفته وكيلا أو فضولياً . وقد يكون للدائن مصلحة فى أن يطالب بهذه الصفة اذا كان الدين الذى أوفاه لا يعطى فوائد فيجوز له المطالبة بالفوائد

من يوم الوفاء[١] اذا طالب بصفته وكيلا (م ٥٢٦/ ٦٤٧ مدنى) . ويستفيد الدائن الجديد من مطالبته بهذه الصفة لأنه يستطيع أن يشترك مع الدائن القديم فى اقتسام أموال المدين قسمة غرماء اذا كانت أمواله لا تكفى بوفاء ماعليه . فى حين أنه لوطالب بصفته حالا فلا يكون له هذا الحق إلا إذا كان متفقاً على خلاف ذلك فى مستند الحلول .

ولا يلتزم المُحِل نحو الحال بضمان وجود الدين اذا تبين فيما بعد أن الدين غير موجود . والسبب فى ذلك أن الدائن القديم بقبوله الوفاء لا يسعى وراء المضاربة من طريق بيع دينه ولكنه يطالب فقط بماله فى ذمة المدين . من أجل ذلك ينتقل الدين الى الغير الموفى بواسطة الحلول دون أن يترتب على ذلك خلق أى التزام يتحمله الدائن القديم كالضمان الذى لا يمكن تصور وجوده لوأن الوفاء حصل اليه بمعرفة المدين الحقيقى . ولكن هل معنى ذلك أن الدائن القديم يستحل ما استوفاه من الغير فى حالة عدم وجود الدين ؟ كلا . فالدائن القديم يلزم برد ما استولى عليه بدون وجه حق . ولكن التزامه هذا لا يقوم على دعوى الضمان المترتبة على الحلول بل يقوم على دعوى رد ما استولى عليه بدون وجه حق action en répétition de l'indu وهناك فروق بين الدعويين . فالمستولى على شىء بدون وجه حق يلتزم فقط برد ما استولى عليه ولا يلتزم برد الفوائد والثمرات والمصاريف إلا اذا كان سيىء النية (م ١٤٥و١٤٦/ ٢٠٦و٢٠٧مدنى) أما الالتزام المترتب على دعوى الضمان فيترتب عليه الالتزام بكل التعويض .

١٢٦ — الحلول والوفاء الجزئى. يحدث أحياناً أن الدائن لا يستولى إلاّ على جزء من الدين ويحتفظ بما بقى له . ولنفرض أن شخصاً اشترى عقاراً بمبلغ ١٠٠٠ جنيه وتعهد بدفع الثمن على خمسة أقساط سنوية متساوية ودفع

---

(١) لا يستطيع الحال أن يطالب بالفوائد الا من يوم المطالبة الرسمية (سم ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ تق ٣٦ ، ١٠٩)

القسط الأول بنقود مقترضة وأحل المقرض فى حقوق البائع . وقبل أن يدفع باقى الثمن نزعت ملكية العقار من تحت يد المشترى وتمسك كل من بائع العقار والحال بامتياز البائع فكيف يحصل الوفاء ؟ من القواعد المقررة [١] أنه لا يجوز أن يضار الدائن بالحلول الذى قرره القانون لمصلحته وقد سرى القانون على هذه القاعدة فى باب الكفالة فقضى بأن الكفيل اذا دفع جزءاً من الدين فلا يرجع على المدين إلا إذا استوفى الدائن المكفول دينه بتمامه (م ٥٠٥/٦١٧ مدنى) وقد اتبعت المحاكم المختلطة هذه القاعدة فى أحكام كثيرة (سم ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٥ تق ج ١٨ ، ١١٠ وسم ٢٥ يونيه سنة ١٩١٣ تق ج ٢٥ ، ٤٦٨ وسم ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ تق ج ٢٩ ، ٢٣٥) .

واذا استولى الدائن المرتهن أو الممتاز على ما تبقى له فى ذمة المدين من غير ثان second tiers وأحله محله بدوره فهل يفضل هذا الحال الثانى على الحال الأول ؟ نعم . وذلك لأن الدائن تنازل له عن جميع حقوقه بما فى ذلك حق الأولوية الذى لدينه الحالى . (كابتان ج ٢ ص ١٠١ وبلانيول ج ٣ بند ٥١٥) على أن الآراء لم تستقر فى هذه المسألة . فيرى البعض أن حق الأولوية هو حق شخصى متعلق بالدائن لا ينتقل الى غيره بحلول جديد . وقد أخذ بهذا الرأى الشراح الأقدمون وبعض المحاكم (برتييه د ، ١٩٠٣ ، ٢ ، ٧٣) .

وعلى كل فيجوز الاتفاق على أن يتنازل الدائن الأصلى عن حقه فى الأولوية لمصلحة الغير الذى يقوم بالوفاء الجزئى ولا يستولى إلا على مايتبقى بعد استيفاء الغير لما دفعه وهو ما يحصل عادة إذا كان الموفى غير ملزم بوفاء الدين .

١٢٧ — فى الفرق بين الحوالة والحلول . تتشابه الحوالة بالحلول من

---

(١) يقول المثل اللاتينى nemo censetur subrogasse contra se وقارن م ١٢٥٢ من القانون المدنى الفرنسى

قبل المزايا التى تترتب على كل منهما . إلا أن العمليتين يختلفان من الوجوه الآتية : —

(١) الحوالة عمل اختيارى يحصل دائما بارادة الدائن . أما الحلول فقد يحصل بحكم القانون أو بارادة المدين فقط .

(٢) لا يشترط فى الحلول رضاء المدين أو اعلانه . أما الحوالة فلا يمكن أن يحتج بها على المدين إلا برضائه على حسب القانون المدنى الأهلى (م ٣٤٩) أو بالاعلان على يد محضر على حسب القانون المدنى المختلط (م ٤٣٥ و ٤٣٦) .

(٣) لا يملك المحال إلا دعوى الحوالة . أما الحال فله فضلا عن الدعوى المترتبة عن الحلول دعوى الوكالة أو الفضالة .

(٤) يضمن المحيل وجود الدين (م ٣٥١/٣٤٩ مدنى) أما الحلول فلا يشتمل على معنى الضمان (بند ١٢٤) .

(٥) إذا استطاع الحال أن يحمل الدائن القديم على ابراء ذمة المدين فلا يستطيع مطالبة المدين بعد ذلك إلا بالمبلغ الذى دفعه حقيقة لأن الفرض فى الحال أنه يؤدى خدمة الى المدين لا يجوز أن يثاب عليها ويكفى أن يكون فى مأمن من تحمل أية خسارة . أما المحال فهو مضارب يعمل على الربح من وراء شراء الديون . فاذا اشترى الدين بأقل من قيمته الاسمية فيجوز له أن يطالب المدين بكل الدين وهو الذى يستفيد من الفرق بين القيمة الاسمية والقيمة الحقيقية للدين .

الفصل الثالث — فى الوفاء بغير الشىء المتفق عليه [١]

١٢٨ — تعريف . يجوز أن يحصل الوفاء بغير الشىء المتفق عليه dation en paiement كما لو كان موضوع التعهد مبلغاً من النقود فأوفى المدين

(١) De Ségonne, thèse, 1880.

دينه بتسليمه بضاعة أو بتمليكه عقار . ولا يكون الوفاء على هذه الصورة مبرئاً لذمة المدين الا برضاء الدائن . لذلك يتشابه الوفاء بغير الشيء المتفق عليه بتجديد التعهد بتغيير موضوعه . انما بشرط أن يقع التنفيذ فوراً . ويترتب على هذه العملية براءة الكفيل . وفى هذا تقول المادة ٥١١/٦٢٤م « تبرأ ذمة الكفيل بقبول الدائن شيئا بصفة وفاء للدين ، ولو حصلت دعوى من الغير باستحقاقه ذلك الشيء » ويترتب على الوفاء بغير الشيء المتفق عليه انقضاء التعهد وتوابعه .

١٢٩ — مقارنة بالبيع . وهذا النوع من الوفاء يشبه البيع فى أن المدين يبيع مايوفى به بثمن يعادل الدين ويصير الدائن مالكا للشيء الذى قدمه المدين للوفاء . على أن هناك فرقاً بين الوفاء بغير الشيء المتفق عليه والبيع : (١) البيع ينقل الملكية الى المشترى ولو لم يدفع الثمن . أما فى الوفاء بغير الشيء المتفق عليه فيجوز للمدين أن يسترد العين التى قدمها للوفاء اذا كان الدين غير موجود (٢) لأجل أن تنتقل ملكية الأشياء المعينة لا يشترط فى حالة البيع التسليم بعكس الحال فى الوفاء بغير الشيء المتفق عليه فلا تبرأ ذمة المدين الا اذا تسلم الدائن العين .

ويقضى القانون التجارى ببطلان الوفاء بغير الشيء المتفق عليه الحاصل فى فترة الريبة (م ٢٢٨ / ٢٢٦ تجارى)

الفصل الرابع — فى تجديد التعهد

١٣٠ — تعريف . تجديد التعهد هو انقضاء تعهد وانشاء تعهد جديد بدله (م ١٨٦ / ٢٤٩ م) . ويشترط فى التعهد الجديد أن يكون مخالفاً للتعهد الأول فان لم يكن مخالفا له كان التعهد الجديد اعترافا أو تأكيداً للتعهد الأول

١٣١ — شروط التجديد . يشترط لحصول التجديد توافر شروط

خمسة وهى : (١) وجود تعهد سابق (٢) انشاء تعهد جديد (٣) اختلاف التعهدين (٤) نية التجديد (٥) أهلية التصرف

١٣٢ — *وجود تعهد سابق* . (١) يشترط لصحة التجديد وجود تعهد سابق والا اعتبر التعهد الجديد باطلا لعدم وجود سبب له . وذلك لأن التجديد يقوم مقام الوفاء وكل وفاء يقتضى وجود تعهد فان لم يوجد تعهد سابق فلا يقع التعهد الجديد لأن المتعهد يعتبر انه علق قبوله التعهد الجديد على انقضاء التعهد القديم فاذا كان التعهد القديم غير موجود أو باطل [١] فلا تعهد جديد . واذا كان التعهد القديم طبيعياً فيجوز تجديده بتعهد جديد . واذا كان التعهد القديم باطلا أومعيباً بسبب عدم الأهلية أو الخطأ أوالغش أو الاكراه واستمر هذا العيب إلى وقت حصول التعهد الجديد وقع التعهد الجديد باطلا . لكن اذا زال العيب وقت عمل التعهد الجديد كما لو بلغ القاصر فيكون التعهد الجديد صحيحاً ويعتبر اقراراً بصحة التعهد القديم . واذا كان التعهد القديم معلقاً على شرط توقيفى أو فاسخ فيكون التعهد الجديد معلقاً على نتيجة التعهد القديم . فينفذ التعهد الجديد اذا تحقق الشرط الموقف للتعهد الجديد اذا تحقق الشرط الفاسخ .

١٣٣ - *انشاء تعهد جديد* . (٢) لا يقصد الدائن اسقاط التعهد القديم بلا مقابل بل يقصد انشاء تعهد جديد بدل القديم . فاذا لم ينشأ التعهد الجديد فلا يحصل تجديد ويبقى التعهد القديم قائماً وهو مايحدث اذا كان التعهد الجديد باطلا بطلاناً مطلقاً أو اذا كان معلقاً على شرط توقيفى فلا يحصل التجديد إلا عند تحقق الشرط . انما اذا كان التعهد الجديد معلقا على شرط فاسخ أو اذا كان باطلا بطلانا نسبيا فيقع التجديد ولكن اذا حكم بالبطلان أو اذا تحقق الشرط الفاسخ فيسرى أثر ذلك على الماضى أى يعتبر التعهد الجديد كأن لم يكن . ويعتبر التعهـــد القديم باقياً إلا اذا كانت نية الدائن

(١) سم ٢٧ يناير سنة ١٩٢٥ تق ج ٣٧ ، ١٨٢

توجهت نحو استبدال التعهد القديم بالتعهد الجديد رغم عيبه أو رغم وجود الشرط الفاسخ . ويعتبر الدائن فى هذه الحالة مخاطراً يتحمل نتيجة مخاطرته .

١٣٤ — **اختلاف التعهدين** . يجب أن يكون التعهد الجديد مختلفاعن التعهد القديم بأن يتصف بصفة لم تكن موجودة فى التعهد القديم . وتقول المادة ٢٥١/١٨٧ م « يحصل الاستبدال . . . اذا اتفق الدائن والمدين على استبدال الدين الأصلى بدين جديد أو على تغيير سبب الدين الأصلى بسبب آخر » فاذا كان مطابقا للتعهد القديم فلا يقع الاستبدال (تجديد التعهد) . ويجب أن يتغير أحد أركان التعهد القديم ويكون ذلك اما (ا) بتغيير الدائن (ب) المدين (حـ) موضوع التعهد (ء) سبب التعهد .

(ا) التجديد بتغيير الدائن . يحصل تجديد التعهد بتغيير الدائن باتفاقه مع المدين على أن يحصل وفاء التعهد الى شخص ثالث . وقد أشارت المادة ٢٥١/١٨٧ مدنى الى هذه الحالة فقالت « أو اذا اتفق الدائن مع مدينه على دفع الدين لشخص آخر وارتضى الشخص المذكور ذلك » ويسمى التجديد بتغيير الدائن Novation par changement de créancier . فاذا تم الاتفاق على هذه الصورة وقبل الدائن الجديد ذلك تم التجديد وأصبح المدين ملزما بالوفاء الى الدائن الجديد . والتجديد بتغيير الدائن يشابه الحوالة من بعض الوجوه ولكنه يختلف عنها فى أن الدائن الجديد فى حالة التجديد لا تنتقل اليه التأمينات الخاصة بالتعهد القديم كالرهن والامتياز والكفالة . أما فى الحوالة فتنتقل التأمينات الخاصة بالتعهد الى المحال ، لذلك يعرض التجديد الدائن الجديد لاخطار جسيمة بسبب زوال التأمينات المتعلقة بالتعهد القديم ، ومن أجل ذلك يندر حصول التجديد بتغيير الدائن [1]

---

(١) وهناك فرق آخر لكنه خاص بالقانون المدنى المختلط وهو أن تجديد التعهد يقتضى رضاء المدين اما فى الحوالة فلا يشترط رضاء المدين . ولا وجود لهذا الشرط فى القانون المدنى الأهلى الذى يشترط لصحة الحوالة رضاء المدين بها .

(ب) التجديد بتغيير المدين Novation par changement de débiteur
ويحصل بسعى المدين أو أجنى بان يقيل الدائن المدين القديم من تعهده ويقبل تعهد المدين الجديد[1] ويحصل التجديد برضاء الدائن والمدين القديم ، والمدين الجديد كما لو تنازل مستأجر عن إيجار محل الى اخر وتعهد هذا الأخير بأن يدفع الايجار الى المؤجر رأسا وقبل المؤجر اقالة المستأجر الأصلى من تعهده فى نظير قبوله تعهد المدين الجديد ، أواذا باع شخص عقاراً واتفق فى عقد البيع على أن يدفع المشترى جزءاً من الثمن مباشرة الى دائن البائع الذى أعطى الى المدين (البائع) مخالصة عن الدين .

الانابة[2] والتجديد الحاصل برضاء الدائن والمدين القديم والمدين الجديد يسمى الانابة التامة délégation parfaite وقد أشارت اليه المادة ٢٥١/١٨٧م فقالت « يحصل الاستبدال . اذا استحصل المدين على رضا دائنه باستيفاء دينه من شخص آخر ملتزم بادائه بدلا عن المدين » ويسمى المدين القديم المنيب délégant والمدين الجديد النائب délégué والدائن المستفيد délégataire ويشترط فى الانابة التامة التى يترتب عليها تجديد التعهد أى زوال تعهد المنيب (المدين القديم) أن يبرىء المستفيد (الدائن) المدين القديم . ويجب أن يفصح الدائن عن ارادته فى الابراء . فاذا لم يصرح الدائن بارادته اعتبرت الانابة ناقصة délégation imparfaite ويصبح للدائن مدينان ملتزمان بالوفاء أى أنه لايحصل تجديد فى التعهد بتغيير المدين ويعتبر النائب فى هذه الحالة كالكفيل[3]

وقد يحصل التجديد بتغير المدين بدون رضاء المدين الأصلى ويسمى

---

(١) س م ٢٠ مايو سنة ١٩٢٤ ، تق ج ٣٦ ، ٣٧٤ وس م ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ تق ج ٣٩ و ٤٥٢

(٢) H. Capitant, La cause des obliegations no 175 et suiv.

(٣) أنظر كتابنا الاوراق التجارية بند ١٧

expromission . والفرض هنا أن يسعى أجنبى لدى الدائن فى قبول تعهده بدفع الدين فى نظير ابرائه ذمة المدين الأصلى وهى حالة نادرة الحصول لكننا نسوق المثل الآتى . انقضت شركة تجارية وحصل الاتفاق على أن يقبل أحد الشركاء دفع ما لهذا الدائن قبل الشركة المنقضية فى نظير تنازله عن دينه قبل الشركة . وبهذه الكيفية يقع تجديد فى التعهد بتغيير المدين دون ارادة المدين الأصلى أى الشركة » وقد أشارت المادة ١٨٧ / ٢٥١م الى هذه الحالة فقالت « يحصل الاستبدال . . . اذ اتفق الدائن مع شخص على انتقال الدين لذمته وبراءة ذمة المدين الأصلى بدون احتياج لرضاه بذلك » وهذه الحالة لا تخرج عن القاعدة العامة المقررة فى الوفاء التى تجيز الوفاء من أجنبى رغم ارادة المدين .

(ج) تغيير موضوع التعهد [١] . ويحصل اذا كان المتعهد مديناً بمبلغ من النقود واتفق مع دائنه على أن يدفع له مرتباً مقرراً مدى الحياة أو اذا تأخر مستأجر فى دفع الايجار ثم تعهد بتوريد غلال الى المؤجر . ولكن لا يعتبر تجديداً للتعهد تغيير كيفية الوفاء وزيادة أو تنقيص التأمينات واشتراط فائدة لم تكن مشروطة وتحرير سند رسمى بدل سند عرفى لأن كل ذلك لا يمس أصل التعهد انما اذا كانت الاضافة أو النقص مما يؤثر فى أصل التعهد فيعتبر تجديداً له .

(د) تغيير سبب التعهد ، ويحصل كما لو تأخر مستأجر فى دفع الايجار فحرر سنداً إذنياً لمصلحة المؤجر . فسبب التعهد الأصلى عقد ايجار وفى التعهد الثانى عقد قرض . أو اذا فتح وكيل بالعمولة حساباً جارياً لدى صيرفى فكل التعهدات التى تنشأ بينهما وتقيد فى الحساب الجارى تتجدد .

---

(١) ويسمى novation objective ويقابله novatien subjective أى التجديد الشيئى والذاتى وهو الحاصل بتغيير الدائن أو المدين .

١٣٥ — **نية التجديد** (٤) يشترط توافر نية التجديد animus novandi وذلك لأنه من المحتمل أن يكون التعهد الثانى مقصوداً لذاته وأن الدائن لم يقصد انقضاء التعهد الأول. ويجب أن تظهر هذه النية من مجموع العقد فلا تؤخذ بطريق الظن، فلا يعتبر تجديداً للتعهد تعيين شخص للقبض نيابة عن الدائن (١) ولا التزام شخص بالدين مع المدين دون أن يحل محله، والبائع الذى يقبل ورقة تجارية من المشترى بدل الثمن لا يعتبر أنه جدد التعهد (نقض فرنسى ٢٨ ابريل سنة ١٩٠٠ د، ١٩٠١، ١، ١٧) بل أنه قبل طريقة للوفاء لذلك لا يفقد البائع حقوقه كبائع (دعوى الفسخ، حق امتياز البائع، ضمان الثمن). ولكن اذا ذكر فى عقد البيع وصول الثمن الى البائع وحرر المشترى سنداً إذنياً بالثمن فيفقد حقوق البائع ويعتبر تحرير السند تجديداً للتعهد.

١٣٦ — **أهلية التصرف**. (٥) يقتضى التجديد زوال التعهد القديم وانشاء تعهد جديد لذلك يجب أن يكون الدائن أهلا للتصرف فى التعهد القديم والمدين أهلا لأن يتحمل تعهداً جديداً. وقد يستطيع الشخص أن يتلقى الوفاء لكنه لا يستطيع تجديد التعهد لأنه معتبر من أعمال التصرف.

١٣٧ — **الاثبات**. يخضع التجديد لقواعد الاثبات، ويلاحظ أن المادة ١٨٦/٢٥٠ م قالت «ويكون الاستبدال بعقد» وهو مايوهم بضرورة تحرير عقد مكتوب. والحقيقة أن الكتابة ليست شرطاً لصحة التجديد، لأن التعاقد يتم بين العاقدين بمجرد الايجاب والقبول.

١٣٨ — **فى آثار التجديد**. ينتج التجديد أثرين الأول أنه يسقط التعهد القديم والثانى أنه يوجد تعهداً جديداً. وهذان الأثران مرتبطان بعضهما ارتباطاً وثيقاً فاذا وقع أحدهما دون الآخر فلا يقع التجديد.

---

(١) ويسمى adjectus solutionis gratia

(١) زوال التعهد القديم. اذا تم التجديد يسقط التعهد وكل ملحقاته كالامتياز والرهن والكفالة. ولهذا السبب يندر استعمال التجديد. وقد أجاز القانون فى المادة ١٨٨/٢٥٢مدنى استبعاد هذا الأثر اذا صرح فى التعهد الجديد بقاء التأمينات الخاصة بالتعهد القديم. ولكنه أتى بعد ذلك ببعض قيود نشرحها فيما يلى :—

التأمينات الشخصية. فصل القانون بين التأمينات العينية والتأمينات الشخصية. فقضى بالنسبة لهذا النوع الأخير بعدم جواز انتقالها. فاذا كان الدين القديم مكفولا بكفيل فلا تنتقل كفالته إلى التعهد الجديد. وذلك لأن الكفيل كفل المدين فى ظروف معينة فاذا تغيرت هذه الظروف سقطت كفالته إلا اذا قبل الكفيل بقاء تعهده وفى هذه الحالة يعتبر الكفيل انه تحمل تعهداً جديداً. وفى هذا تقول المادة ١٩١/٢٥٥ م« لا يصح . . . نقل التأمينات الشخصية كالكفالة والتضامن الا برضا الكفلاء والمتضامنين ».

التأمينات العينية. اذا اتفق على نقل التأمينات الى التعهد الجديد فيجب أن لا يترتب على هذا الانتقال ضرر الغير وفى هذا تقول المادة ١٨٩/٢٥٣م « يجوز للمدين والدائن أن يتفقا على أن التأمينات العينية كالامتيازات ورهن العقار وحبس العين تكون تأمينا على الدين الجديد اذا لم تكن فيه زيادة تضر بحقوق الغير » ويتحقق الضرر بالنسبة للغير فى حالة زيادة الدين الجديد على الدين القديم كما لو كان الدين القديم مقداره ألف جنيه والدين الجديد ١٥٠٠ جنيه فاذا كان الدين القديم مكفولا برهن وانتقل الرهن الى التعهد الجديد لترتب على ذلك ضرر الدائنين المرتهنين الذين يلون الدائن المرتهن الأول فى المرتبة.

وغنى عن البيان أنه اذا تم التجديد بتغيير المدين فلا ينتقل الرهن المقرر على عقار المدين القديم الى عقار المدين الجديد لأنه لا يمكن تقرير رهن على

عقار المدين الجديد إلا اذا قبل المدين ذلك وروعيت كل الاجراءات القانونية باعتباره رهناً جديداً .

وانتقال التأمينات العينية الى المدين الجديد لا يقتضى رضاء المدين القديم (م ١٨٩/٢٥٣ مدنى) .

(١) حماية الغير . تقضى المادة ١٩١/٢٥٥ م بأن الاتفاق على نقل التأمينات لا ينفذ على غير المتعاقدين إلا اذا كان حاصلا مع الاستبدال فى آن واحد بوثيقة رسمية .

(٢) انشاء تعهد جديد . التعهـــد الجديد هو الذى يقرر علاقات المتعاقدين بدل التعهد القديم . يترتب على ذلك أن المدفوعات فى الحساب الجارى تنقضى لكنها تتجدد من يوم القيد فى صورة عقد حساب جار وتفقد صفتها المدنية — ان كانت مدنية — وتسرى عليها القواعد التجارية المتعلقة بالاختصاص والفوائد (أنظر كتابنا الأوراق التجارية ج ٢ بند ٢٠٧) .

الفصل الخامس — المقاصة

١٣٩ — **تعريف** . المقاصة Compensation هى احدى طرق انقضاء التعهدات تغنى المدينين من الوفاء ومن التنفيذ الفعلى . فيفى كل مدين بما عليه بتنازله عن حقه ويضمن كل دائن حقه أى بالحصول على ماله قبل مدينه برفضه الوفاء . وفضلا عن كونها تسهل الوفاء لكل من المتعاملين فهى تحقق المساواة بينهما لأن المدين اذا دفع ماعليه دون أن ينتظر وفاء مدينه يتعرض بعد ذلك لاعسار مدينه الذى قد يبدد النقود التى قبضها ولا يوفى ما فى ذمته الى دائنه . ولكن يلاحظ من جهة أخرى أنه اذا كان أحد المدينين معسراً ووقعت المقاصة بينه وبين مدينه فان المدين الذى حصلت المقاصة لمصلحته يمتاز على بقية دائنى المدين المعسر لأنه يستولى بواسطة المقاصة على كل دينه

ويمتاز على بقية الدائنين فى أنه لا يخضع لقسمة الغرماء ولهذا السبب حرم القانون حصول المقاصة فى حالة افلاس المدين ابتداء من تاريخ الحكم باشهار الافلاس حتى تسود المساواة بين كل الدائنين (م ٢١٧/٢٢٥ تجارى)

١٤٠ — **فائدتها**. وللمقاصة أهمية كبيرة فى المعاملات التجارية لأن التجار تنشأ فيما بينهم التزامات متقابلة مثلا . تاجر وصيرفى ، وصاحب مصنع ووكيل بالعمولة . ومعلوم أن الائتمان هو قوام التجارة فيحصل التعامل بلا حاجة الى استعمال النقود تسهيلا للوفاء . وهذا هو أصل الحساب الجارى وعماده المقاصة — فكل المعاملات التجارية التى تنشأ بين التجار تدخل فى الحساب الجارى. وعند قفل الحساب لايحصل الوفاء إلا عن الباقى (الرصيد) وأعمال الودائع والشيكات قوامها المقاصة ، فترد الى المصارف أوراق التحصيل والدفع وتفتح حساباً جارياً لكل عميل وتجرى المقاصة بين العملاء فيما لهم وما عليهم .

١٤١ — **انواعها**. تنقسم المقاصة الى ثلاثة أنواع : (١) قانونية (٢) واختيارية (٣) وقضائية.

١٤٢ — **المقاصة القانونية او الحتمية** . Compensation légale وهى التى تقع حتما بمقتضى القانون بين دينين متقابلين وحتى بدون علم المتعاملين [1] اذا كان كل منهما دائناً ومديناً للآخر . وتحصل بقدر الأقل من الدينين (م ١٩٢و١٩٣/٢٥٦و٢٥٧ مدنى) .

ويشترط لوقوعها توافر أربعة شروط وهى : —

(١) يترتب على هذه النظرية التى أخذ بها القانون أن المقاصة ليست وسيلة اختيارية بل وسيلة قهرية للوفاء ، وينص القانون الألمانى (م ٣٨٨) والقانون السويسرى للتعهدات (م ١٢٤) ومشروع قانون التعهدات الفرنسى الايطالى (م ٢١٥) بأن المقاصة لاتقع إلا بناء على طلب أحد الخصوم ، ولايمنع هذا من أن يتعدى أثرها الى الوقت الذى نشأ فيه الدينان

(١) تقابل التعهدات (ب) أن يكون الدينان متماثلين فى الجنس (حـ) أن يكونا خاليين من النزاع (ى) أن يكونا حالين .

(١) يجب أن يكون التعهدان قائمين بين المتعاملين — وهذا الشرط مستفاد من تعريف المقاصة فالوصى لا يمكنه أن يتمسك بالمقاصة قبل دائنه المدين الى القاصر المشمول بوصايته وكذلك مدين الوصى لا يمكنه أن يتمسك بالمقاصة عن دين له فى ذمة القاصر . ومدين الشركة التجارية لا يمكنه أن يتمسك بالمقاصة عن دين له فى ذمة أحد الشركاء لأن الشركة لها شخصية معنويه مستقلة عن شخصية الشريك . واذا حول الدين برضاء المدين ثم انشغلت ذمة المحيل بدين للمدين (المحال عليه) بعد الحوالة فلا تقع المقاصة بينه وبين المحال عليه لأن الحوالة تخرج الدين من أموال الدائن وتنقله إلى المحتال وهو ليس بمدين (م ١٩٧/٢٦١ م)

(ب) يجب أن يكون محل كل من التعهدين من النقود أو من أشياء من جنس واحد يقوم بعضها مقام بعض بالنسبة لنوعها وقيمتها كالقطن المتماثل من حيث النوع والثمن . فلا تصح المقاصة عن حنطة وصوف ولذلك نص القانون على أن يكون الشيئان من جنس واحد حتى لا يقهر الدائن على قبول الوفاء بغير الشىء المتفق عليه (م ١٦٨/٢٣١ م)

(حـ) يجب أن يكون الدينان معينين وخاليين من النزاع فاذا كان الدين لا يمكن تحديده تماماً لا تجوز المقاصة [1] كمبلغ باق فى ذمة وصى لم يحدد بعد ، أو ديون قبل مفلس لأنه لا يمكن معرفة مقدار كل دين فى روكية المفلس . كذلك يجب أن يكون الدينان خاليين من النزاع فاذا كان أحد الدينين ثابتا والثانى متنازعا فيه فلا تجوز المقاصة اذ يجوز أن يبطل الحق المتنازع فيه ويصبح هذا الدائن غير مدين (م ١٩٤/٢٥٨ م)

---

(١) سم ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ تق ج ٣٣ ، ٦٧ .

(د) يجب أن يكون الحقان حالين بأن يكون كل واحد منهما مستحق الأداء أى غير مؤجل أو معلق على شرط .

والأجل القضائى (بند ٩٠) يمنع من المقاصة لأن سببه اعسار المدين المؤقت فاذا زال هذا الاعسار بأن صار المدين دائناً لدائنه سقط الأجل .

ووضع الحجز على ما فى ذمة المدين يمنعه من طلب المقاصة التى تحدث بعد الحجز أى إذا صار المحجوز لديه دائناً للمحجوز عليه . وهذا الأثر ينتج طبقاً للمبادىء العامة الخاصة بالوفاء والحجز ولكن القانون رأى أن ينص على ذلك (م ١٩٩/٢٦٣ م) .

والافلاس يسقط الآجال الممنوحة للمدين المفلس ، ويحول دون وقوع المقاصة حتى يتساوى دائنوه فلا يمتاز أحدهم على الآخر . لذلك يلتزم دائن المفلس أن يدفع ما عليه كمدين ثم يطالب بدينه بطريق التقديم فى التفليسة لكى يستولى على النصيب الذى يخصص لكل واحد من الدائنين .

* **محل الوفاء** . وهناك شرط آخر ذكرته المادة ١٩٤ / ٢٥٨ م مقتضاه وجوب أن يكون محل وفاء الدينين واحداً فاذا اختلف فلا تصح المقاصة . والظاهر أن علة المنع ترجع الى ما قد يتكبده أحد الدائنين من المصاريف — سعر الصرف — اذا التزم بسبب حصول المقاصة أن يرسل نقوداً إلى المكان الذى كان يجب أن يحصل فيه الوفاء . وقد يكون اختار هذا المكان بالذات ليكون تحت تصرفه فيه مبلغاً من النقود ليفى ما عليه لآخرين . فاذا صح هذا التعليل فلا يكون هناك مانع من اجراء المقاصة اذا تحمل المتعامل الثانى هذه المصاريف .

١٤٣ — **الأهلية** . لا يشترط لحصول المقاصة أن يكون المتعاملان متمتعين بأهلية التعاقد وذلك لأن المقاصة هى طريقة لتسوية الديون تحصل بحكم القانون وبدون علم المتعاملين (بلانيول ج ٢ بند ٥٧٩) .

١٤٤ — مستثنيات المقاصة القانونية . وسببها رغبة القانون فى عدم تعطيل دفع بعض الديون وقد بينتها المادة ١٩٥ / ٢٥٧ مدنى وهى : —

(١) لا محل للمقاصة اذا كان أحد الدينين غير جائز الحجز عليه كالضرائب الأميرية والرسوم وعوائد الأملاك وكل ما يستحق دفعه للحكومة. فلا يجوز لمن وجبت عليه ان كان دائناً للحكومة أن يحتج عليها بالمقاصة فى شىء مما ذكر لأن الفرض أن الحكومة موسرة ولأننا اذا أجزنا المقاصة فيما هو مطلوب للحكومة تعطلت المصالح العامة . وكذلك الحال بالنسبة لدين النفقة فى حالة ما اذا كان الملزم بالنفقة صار دائناً لمن يجب له النفقة فلا يجوز للمدين بالنفقة أن يحتج بالمقاصة لأنه اذا أجيزت المقاصة لأفضى الحال الى نتيجة أراد القانون تلافيها . فما لا يجوز حجزه لا يصلح لأن يكون محلا لوفاء الدائنين أو ضامناً لسداد ديونهم . واذا كان لا يمكنه بطريقة مباشرة أن يحصل على هذه النتيجة فهو من باب أولى لا يمكنه أن يستوفى ماله بطريقة غير مباشرة أى بالمقاصة .

(٢) لا محل للمقاصة اذا كان أحد الدينين عبارة عن مبلغ مودع أو أشياء مودعة يمكن قيام بعضها مقام بعض وهى المعبر عنها بالوديعة التامة . ويرى بعض الشراح أن هذه القاعدة تسرى على الوديعة الناقصة كالودائع النقدية فى البنوك (بودرى ج ٤ بند١٨٥٦) لكن جمهور الشراح يرى أن هذه الوديعة ليس لها من الوديعة إلا الاسم فانها عبارة عن عقد قرض وأن البنك يمتلك النقود المودعة ولا يطالب بردها بالذات بل برد مبلغ معادل لها من النقود ، ولذلك أجازوا حصول المقاصة (هيك ج ٨ بند ١٦٠ وفال الشركات الخ . بند ١٠٩٧ و١١٠٢ و١١١٧) .

(٣) اذا أصبح المستعير دائناً للمعير فلا يمكنه أن يتمسك بالمقاصة وهذا الحكم مستفاد من قواعد المقاصة لأن العارية تكون عادة أشياء معينة بالذات يلتزم المستعير بردها فى الميعاد المعين للرد (م ٤٧٢ / ٥٧٤ و ٥٧٥ م) .

(٤) لا يجوز لمن اغتصب مالا مملوكا للغير أن يتمسك بالمقاصة . وواجب الغاصب أن يرد ما أغتصبه ،

١٤٥ — **فى حكم المقاصة القانونية** . تحصل المقاصة بمقتضى القانون ويتساقط الحقان المتقابلان اذا كانا متساويين أو يتساقطان بقدر الأقل منهما (م ١٩٢و١٩٣/٢٥٦ و ٢٥٧ م) .

ومع أن المقاصة تحصل حتما بحكم القانون متى توافرت شروطها إلا أن بعض الشراح يرى بأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها ex officio متى كان المدعى عليه لم يتمسك بها (أوبرى وروج ٤ بند ٣٢٨ وسم ١٢ يناير سنة ١٩١٥ تق ج ٢٧ ، ١٠٩) لكن الرأى المعقول هو أنه اذا تبين المحكمة توافر شروط المقاصة فيجوز لها أن تقضى بحصولها ولو لم يحصل التمسك بهذا الدفع (بودرى ج ٣ بند ١٨٦١) .

ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين ان كانا متساويين أو انقضاء الأقل منهما ونقص الآخر بمقداره . وتنقضى معهما جميع التأمينات الضامنة للوفاء كالرهن والكفالة . ويقف سريان الفوائد . واذا كان فى ذمة أحد المدينين عدة ديون للمدين الآخر تتبع القواعد المتعلقة بخصم المدفوعات (م ١٩٦ / ٢٦٠ م) . فاذا كان للدائن دينان أحدها مكفول برهن ويعطى فائدة والآخر أجرة منزل أو ثمن بضاعة ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه تقع المقاصة بالنسبة للدين الأول لأن المدين له مصلحة فى انقضاء هذا الدين . ولكن اذا بقى جزء من الدين الأول فلا ينقضى الرهن لأنه لا يتجزأ ولا يسقط حتى يدفع المدين مابقى من الدين . ولكن الكفيل يبرأ بمقدار ما برئت منه ذمة المدين المكفول (م ٥٠٩/٦٢٢ م) .

١٤٦ — **فى ترك المقاصة** . يجوز للمدين الذى كان فى مقدوره التمسك بالمقاصة أن لا يفعل ذلك ويدفع ماعليه من الديون على أن يستولى فيما بعد

على دينه من مدينه وتقول المادة ١٩٨/ ٢٦٢م اذا اجتمع صفتا دائن ومدين فى شخص واحد ودفع ما عليه من الدين بغير التفـــات الى المقاصة المستحقة ثم طالب بماله من الدين وكان لمدينه كفلاء فيه أوشركاء متضامنون أومداينون متأخرون عن المطالب المذكور فى درجة الامتياز أو الرهن أو مالك لمنقول مرهوناً تأميناً على الدين المطالب به فلكل من هؤلاء التمسك عليه بالمقاصة التى لم يلتفت اليها إلا اذا كان له عذر صحيح منعه وقت الوفاء عن العلم بوجود دينه الذى كانت تمكن به المقاصة » كما لوكان يجهل وجود الدين . ومعنى ذلك أن ترك التمسك بالمقاصة فى حالة القدرة لا يؤثر فى من كان له مصلحة فى حصولها كالمدينين المتضامنين والكفلاء الخ .

ويعتبر أيضاً تركاً للمقاصة اذا أحال الدائن آخر بدين وقبل المدين الحوالة فلا يجوز لهذا الأخير بعد ذلك التمسك بالمقاصة على المحتال وانما له أن يطالب المحيل بدينه[1] (١٩٧/ ٢٦١م) .

ويجوز أن يحصل الاتفاق سلفاً على عدم التمسك بالمقاصة وليس فى مثل هذا الاتفاق ما يغاير النظام العام (بودرى ج ٢ بند ١٨٨١ وأوبرى ج ٤ بند ٣٢٧) .

ويرى بعض الشراح عكس ذلك قياساً على المادة ٨٠/ ١٠٨ مدنى التى لاتجيز الاتفاق سلفاً على ترك التمسك بالتقادم . وهذا قياس مع الفارق لأن التنازل فى هذه الحالة معناه بقاء تعهد المدين مؤبداً وهذا يخالف النظام العام (توليبه ج ٧ بند ٣٩٣) .

١٤٧ — فى المقاصة الاختيارية : compensation conventionnelle - وهى التى تقع باختيار صاحبى الدينين وتحصل غالباً عند عدم توافر الشروط اللازمة للمقاصة القانونيـة كما لو كان أحد الدينين مؤجلا أو غير معين أو

---

(١) اعلان الحوالة على حسب القانون المدنى المختلط يحدث هذه النتيجة أى أنه يمنع من التمسك بالمقاصه (م ٢٦٣ مدنى مختلط)

أو متنازعا عليه أو وديعة أو ديناً طبيعيا والدين الآخر ليس كذلك . ولا تقع المقاصة فى هذه الاحوال الا نتيجة اتفاق العاقدين .

١٤٨ — المقاصة القضائية . Compenstion judiciaire وتحصل المقاصة القضائية بواسطة دعوى فرعية (٢٩٤/٣٣٥ مرافعات) يقيمها المدعى عليه على المدعى أثناء نظر الدعوى الأصلية ويشترط أن لا يكون هناك ضرر على الطرف الثانى من الدعوى الفرعية كما لو كانت تحتاج الى تحقيق [١] أو تعيين خبير ، مثلا رفعت دعوى بالمطالبة بمبلغ فيجوز للمدعى عليه أن يرفع دعوى فرعية يطالب بها المدعى بمؤخر أتعاب أو تعويض ضرر — مثال آخر مؤجر رفع دعوى بطلب إيجار فيرفع المستأجر دعوى فرعية على المؤجر يطالبه بتعويض لأن البواب المعين من قبل المالك اعتدى عليه بالسب أو القذف. فاذا حكم للمستأجر بتعويض يستنزله القاضى من أصل المطلوب من المستأجر ويحكم عليه بالباقى

الفصل السادس — فى اتحاد الذمة

١٤٩ — تعريف . اتحاد الذمة confusion هو عبارة عن اجتماع صفتى دائن ومدين فى شخص واحد بدين واحد ويترتب على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة أحداهما للأخرى لأن الانسان لا يمكن أن يكون مديناً لنفسه (م ٢٠٢/٢٢٦ م) .

١٥٠ — اموال اتحاد الذمة . بما أن قواعد الشريعة الغراء تقضى بأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين فالورثة أجانب عن أموال المورث حتى توفى ديونه لا فرق فى ذلك بين دين الوارث ودين الأجنبى . (مادة ٥٨٣ من الأحكام الشرعية) .

---

(١) سم ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٥ ، ١١

وعند تعدد الورثة ووجود دائنين آخرين للمورث من ضمنهم أحد الورثة فيشترك الوارث مع الدائنين فى توزيع ثمن التركة ان لم يكن كافياً لايفاء حقوق كل الدائنين . واذا لم يوجد إلا دائن وارث فقط فيتقاضى دينه أولا وما بقى من التركة يقسم بينه وبين بقية الورثة كل بقدر نصيبه الشرعى .

فاذا كان للوارث حق رهن أو امتياز يعطيه الأولوية على بقية الدائنين يستوفى حقه أولا وما بقى يتقاسمه الورثة .

أما اذا كان الوارث مديناً وكانت التركة مستغرقة بالديون وجب على الوارث دفع ما عليه للمورث الى دائنه .

فاذا لم تكن التركة مستغرقة بالديون وترك المورث ورثة آخرين خلاف مدينه الوارث فينقص من نصيبه الشرعى بقدر ما عليه من الدين فاذا كان الدين يربو على نصيبه فى الارث وجب عليه دفع الزائد إلى بقية الورثة .

وفى كل الحالات السالفة الذكر لا أثر لاتحاد الذمة بين الوارث والمورث فلم يبق إلا صورة واحدة لاتحاد الذمة وهى أن يكون الوارث دائناً والمورث مديناً ولم يترك تركة ففى هذه الحالة لا فائدة من بقاء الدين فى ذمة المورث . واذا ترك المورث تركة وكان الوارث مديناً فلا فائدة أيضاً من بقاء الدين وكذلك الحال لو كان الوارث مديناً بشرط أن يكون الوارث الوحيد .

١٥١ — آثار اتحاد الذمة : يترتب على اتحاد الذمة انقضاء التعهد وما يتبعه من التأمينات فهو يبرىء الكفلاء فى الدين ولكنه لا يخلى المدينين المتضامنين الا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمه من الدين (م٢٠٣/٢٦٧م) ولكن اتحاد الذمة فى شخص الكفيل لا يسقط الدين المكفول اذ الكفالة جاءت ضامنة لسداد الدين فيبقى الدين قائماً ولكن بدون كفالة .

الفصل السابع — الأجل السالب

الأجل السالب terme extinctif هو الذى يحدد بقاء التعهد فعند حلوله ينقضى التعهد وهو خاص بالتعهدات التى لايتعدى أثرها أجلا معينا كالايراد المقرر لمدة معينة أو طول الحياة أو عقد العمل لمدة معينة.

والأجل السالب يختلف عن التقادم فى أنه لا يدل على تهاون أو اهمال صاحب الحق ولكنه الحد الذى يعتبر لديه التعهد قد تنفذ.

الفصل الثامن — فى الابراء من التعهد

١٥٢ — تعريف : الابراء من التعهد remise de la dette هو اسقاط الدائن بلا مقابل جميع حقوقه قبل المدين. والابراء بطبيعته عمل اختيارى يقتضى علم الدائن ورغبته فى حصوله ولكنه قد يقع رغم ارادة الدائن كما هو الحال فى الصلح بين المفلس والدائنين concordat

والابراء من العقود الثنائية التى لا تنعقد الا بتقابل ارادة المدين وإرداة الدائن فهو يقتضى اتفاقا بينهما ويترتب على ذلك أن الدائن يجوز له أن يرجع فى ايجابه طالما أن المدين لم يقبل الابراء.

والابراء يعتبر هبة لذلك يخضع لكل القواعد الموضوعية المتعلقة بالهبة. ولكنه لا يخضع لقواعدها الشكلية لأنه يعتبر هبة موصوفة بعقد آخر. لذلك لا يشترط تحرير عقد رسمى ويكفى لحصول الابراء تحرير ورقة عرفية (م ٤٨/٧٠ م)

وعقد الابراء باعتباره هبة يخضع لقانون الأحوال الشخصية عندالمسلمين والمسيحيين على السواء. ويجب فى المبرىء أن يكون ذا أهلية للتصرف

١٥٣ — أنواع الابراء . قد يكون الابراء صريحاً أو ضمنياً — والابراء

الصريح قد يكون شفويا ولكن المدين يتعرض لمشاق الاثبات — والابراء الضمنى يستنتج من كل ما يدل على وجود نية الابراء لدى الدائن كتسليم سند الدين إلى المدين . والوقائع التى يستنتج منها الابراء تخضع للقواعد العامة الخاصة بالاثبات .

١٥٤ — **اثبات الابراء** : يخضع الابراء للقواعد العامة الخاصة بالاثبات فاذا كان الدين أقل من عشرة جنيهات جاز اثباته بالبينة واذا زاد على ذلك لا يمكن الاثبات بالبينة بل لا بد من وجود مستند كتابى — ولكن القانون لاحظ أن العادة جرت بأن الدائن الذى يريد ابراء ذمة مدينة يسلمه الصك المثبت للدين وبذلك يتجرد الدائن من الدليل المثبت لحقه (م ٢١٩ ، ٢٢٠/ ٢٨٤ ، ٢٨٥ م) فوجود السند تحت يد المدين يعتبر قرينة قانونية على البراءة من الدين .

ومع ذلك فقد أجاز القانون للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخالصه من الدين كما لو أثبت أن السند ضاع منه فى الطريق أو سرق أو اذا كان سلم السند الى المدين خطأ مع أوراق أخرى .

وتسليم الدائن المرتهن الشىء المرهون الى المدين يبطل الرهن ولكنه لا يدل على براءة الذمة (م ٥٤١/٦٦٣ م) ولا يؤثر فى الدين .

١٥٥ — **فيما يترتب على الابراء** . ابراء ذمة المدين من الدين يسقط عنه الدين ويترتب على هذا الابراء ابراء كفيله بقدرما برىء منه فى حالةما اذا كان الابراء جزئياً . فاذا كان الابراء تاماً برىء الكفيل (م ١٨١/٢٤٤م) .

واذا أبرىء مدينون متضامنون من التعهد كله فيبرأ جميع المدينين المتضامنين ولكن ابراء ذمة أحد المدينين المتضامنين يعتبر قاصراً على حصته وينقص الدين بقدرها فقط (م ١٨٢/ ٢٤٥ م) ويجوز لشركائه أن يرجعوا عليه بحصة من يعسر منهم (م ١٨٣/٢٤٦ م) .

وابراء الكفيل لا يبرئ المدين لأن التعهد يقوم بلا كفالة . ولأن الكفالة حق للدائن لا للمدين فله أن يتنازل عنها (م ١٨٤/٢٤٧ م) .

واذا تعدد الكفلاء فى دين وأبرأ الدائن ذمة أحدهم جاز للباقى أن يطلبوا ابقاءه كفيلا اذا كان ضمانه سابقا أو مقترنا بضمانهم بسبب اعتمادهم فى الضمان على أسبقيته أو اذا كان ضمانه مقترنا بضمانهم لاعتمادهم على اشتراكه معهم .

١٥٦ — الابراء الناشئ عن الصلح مع المفلس : وهو يحدث بين الدائن والمدين المفلس ويختلف عن الابراء المدنى فيما يأتى : —

(١) الابراء الناشئ عن صلح لا يعتبر من عقود التبرعات فالدائنون الذين يتصالحون مع المفلس ليسوا مدفوعين الى ذلك بعاطفة الشفقة ولكن بدافع المصلحة تفادياً للخسائر الجسيمة التى تنشأ عن اجراءات الافلاس وخوفاً من بيع أموال المفلس بالبخس اذا صار الدائنون فى حالة اتحاد union أى اذا رفضوا التصالح مع المدين لذلك لا تعتبر علاقتهم بالمدين علاقة واهب وموهوب له .

(٢) لا يعتبر الابراء فى حالة الافلاس عملا اختياريا ولكنه نتيجة رأى أغلبية الدائنين الحائزين لثلاثة أرباع الديون فالدائنون الذين يكونون الاقلية يرغمون على قبول الصلح المتضمن ابراء المدين من جزء ممـــا عليه من الديون .

(٣) الصلح لا يبرأ المفلس من الدين فيظل ملتزماً التزاماً طبيعياً بوفاء ما أسقط عنه من الديون عند الميسرة واذا أوفى يكون وفاؤه صحيحاً ولا يمكنه أن يسترد شرفه إلا اذا دفع كل ماعليه من الديون من أصل وفوائد (م٤٠٨/ ٤١٦ تجارى) . أما الابراء المدنى فهو يسقط الدين بصفة قطعية .

الفصل التاسع — استحالة الوفاء[١]

١٥٧ — تعريف : يزول التعهد اذا صار الوفاء غير ممكن (م ١٧٧ / ٢٤٠ م) وتبرأ ذمة المدين عملا بقاعدة « التعهد المستحيل لا يلزم » والاستحالة اذا وجدت ابتداء تمنع نشوء التعهد فاذا حدثت بعد نشوءه انتهى التعهد (راجع بند ٤٤) .

١٥٨ — فى أحوال الاستحالة . الاستحالة التى تمنع تنفيذ التعهد تختلف باختلاف موضوع التعهد .

١ — موضوع التعهد من الأشياء المعينة . اذا كان التعهد خاصاً بتسليم أشياء معينة فالاستحالة تنشأ من هلاكها أو اختفائها أو تحريم الاتجار بها وهذه الحالات توجب انقضاء التعهد (م ١٧٧ / ٢٤٠ م) .

٢ — موضوع التعهد من المثليات . اذا كان التعهد من المثليات in genre وهى مايقوم بعضها مقام بعض فلا ينقضى التعهد لأن المدين يستطيع الحصول على غيرها لذلك قالوا أن المثليات لا تهلك genera non pereunt .

٣ — موضوع التعهد فعل أمر . اذا كان موضوع التعهد فعل أمر فاستحالة التنفيذ تكون لها صور تختلف باختلاف طبيعة الفعل لذلك يصعب أن نأتى بتعريف جامع لهذه الحالة والعبرة هنا بظروف كل حالة والمحاكم هى التى تقدر استحالة التنفيذ من عدمها ، مثلا : أضراب العمال

١٥٩ — فى ضمان هلاك موضوع التعهد . لأجل معرفة من الذى يتحمل هلاك موضوع التعهد، يجب التفرقة بين العقود الملزمة لجانب واحد (العقود المفردة) unilateral والعقود الملزمة لجانبين synallagmatique (العقود الثنائية)

---

(١) L'impossibité d'éxécution

العقود المفردة. لاينشأ من هذه العقود إلا تعهد واحد، ويزول هذا التعهد بهلاك الشيء والذى يتحمل الهلاك هو المالك فهلاك الوديعة بحادث عارضى يترتب عليه انقضاء تعهد الوديع برد الوديعة وزوال التعاقد.

١٦٠ — **فى العقود الثنائية**. وهى التى يترتب عليها نشوء تعهدات متقابلة كالبيع. ولم يأخذ القانون المصرى بالنسبة لهذه العقود بقاعدة « الهلاك على المالك res perit domino » فقضى فى مواد كثيرة [1] بأن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد العقد. لكن المالك كالمشترى مثلا لا يتحمل خطر الهلاك إلا بعد التسليم وفى هذا تقول المادة ٣٧١/١٩٧ م « إذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو اهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع إلاَّ إذا كان المشترى قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد » اى أن الضمان على البائع حتى يحصل التسليم. وقد أخذ القانون بهذه القاعدة فى حالة الهلاك الجزئى فقضى فى المادة ٣٧٢/٢٩٨ بأنه « إذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء، كان المشترى مخيراً بين الفسخ وبين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ». ولم يكتف القانون بتقرير هذه القاعدة فى باب البيع بل انه أوردها بصفة عامة فى المادة ٢٤٢/١٧٩ فقال « اذا انفسخ التعهد بسبب عدم امكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به ».

والظاهر أن المشرع المصرى تجاهل القاعدة المقررة فى المواد السالفة الذكر، فأتى بما يخالفها حيث نص فى المادة ٣٠٧/٢٤١ على أنه « اذا كان البيع بالوزن أو بالكيل أو المقاس فلا يعتبر البيع تاماً بمعنى أن المبيع يبقى

---

(١) ٦٧/٤٥ و١٤٥/٩١ و١٥٧/١١٨ و٣٣٦/٢٦٦ و٣٣٧/٢٦٧. ومعلوم أن بيع الأشياء المثلية وهى المعينة بنوعها لا ينقل الملكية الا بالتسليم.

فى ضمان البائع إلى أن يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس » وقضى فى المادة ٩٤/٩٩ تجارى بأن البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها . ونص فى المادة ٤٢٤/٥١٦ مدنى على انه « اذا كانت حصة الشريك فى رأس المال حق ملكية فى عين معينة أو حق انتفاع فيها انتقل الحق فى ذلك بمجرد عقد الشركة لجميع الشركاء وكان عليه تنفه».

١٦٠ — **استحالة التنفيذ بعد تكليف المدين رسميا بالوفاء** . اذا حدثت الاستحالة بعد تكليف المدين بالوفاء فيلزم بالتعويض ولو لم يقع منه أى خطأ يستوجب مسئوليته (م ١٧٨/٢٤١ م) والسارق يعتبر مكلفاً بالوفاء بحكم القانون .

الفصل العاشر — فى مضى المدة أو التقادم

١٦١ - **تعريف** . مضى المدة هو طريق لاكتساب الحقوق أو لانقضاء التعهدات بمرور الزمن بشرط أن تتوافر شروط وضعها القانون وأن يتمسك المدين به . وسببه ترك الدائن حقه مدة من الزمن بغير مطالبة فيحمله القانون عواقب اهماله .

١٦٢ — **فى نوعى التقادم** . قد يكون التقادم سالباً أى مبرئا ومسقطا للتعهدات présciripion extinctive أو موجبا أى مكسباً للحقوق العينية préscription acquisitive ويعمل التقادم المكسب على تقوية حق الملكية أو تقرير حق عيني . ولا يعنينا فى هذا الكتاب إلاَّ دراسة التقادم المسقط للحقوق . واليه أشارت المادة ٢٠٤/٢٦٨م حيث تقول« مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه اذا تمسك بذلك » .

١٦٣ — **فى اساس وماهية التقادم المسقط للحقوق** . يدل التقادم المسقط ،

فى ظاهره، على زوال حق عينى أو شخصى بمجرد انقضاء فترة معينة من الزمن وهو من أجل ذلك يخلو من فكرة الحيازة ، لأنه يفضى الى نتيجة سلبية لا ايجابية وهى زوال حق ، بدلا من انشاء حق . ويفصم العروة الالزامية فيبرىء ذمة المدين بحرمان الدائن مما له من الحقوق .

واذا دل التقادم، فى ظاهره، على هذا المعنى ، إلا أنه فى الباطن لا يزيل أو يسقط حقاً . وهو ليس خليقاً بأن يسمى « مسقطاً » كما أن التقادم المكسب ليس حقيقاً بهذه التسمية . نعم قد يعتصم مدين هزيل الضمير بقدم الدين ليتخلص من الوفاء . لكن هـــذا فى النادر . ولم يوضع نظام التقادم لحماية المدينين الذين من هذا الطراز . واذا وجهت الى نظام التقادم سهام النقد فلن تتكشف مقاتله إلا من هذه الناحية . وفى معظم الأحوال لا يحتج بالتقادم من المدينين إلا من كان سوياً فى واجبه ، عدلا فى تصرفاته . موفيا لحقوق دائنيه . فاذا ما قضى القانون بأن تعهده الذى انقضى بالوفاء ، ينقضى أيضاً بالتقادم فليس ذلك إلا لتمكينه ، على أسهل وجه ، من اثبات براءة ذمته . واذا كان التقادم وسيلة لانقضاء التعهد ، فهو وسيلة لاغاثة المدين المتلهف على ثبوت براءة ذمته ، وهذه الوسيلة تحلق فوق طرق الوفاء الأخرى كالوفاء والابراء الخ ،

ولنا أن نتصور ما ينبنى على عدم تقرير نظام التقادم وما يترتب على ذلك من التزام المدين ، أو ورثته من بعده ، بالاحتفاظ بمستندات التخالص الى أجل غير محدود . لا شك فى أن هذا الالتزام يكون ثقيل الوطأة ، لذلك يأتى التقادم المسقط فيحطم هـذا الغل الأبدى ، ويحطم هذه الحلقة التى لانهاية لها . فكما أن التقادم المكسب يعفى المالك من الاحتفاظ الى مالانهاية بمستندات من تلق عنهم الملكية ، كذلك يعفى التقادم المسقط ، المدين وورثته ، من واجب الاحتفاظ بالمخالصات بعد انقضاء مدة معينة . وبفضل هذا النظام تثبت براءة الذمة بفعل الزمن . لذلك يعتبر التقادم قرينة قانونية على الوفاء

أو يعتبر على الأقل قرينة على براءة الذمة يترتب عليها إعفاء المدين من الاثبات . وتحتم الضرورات الاجتماعية وجود هذه القرينة حتى لا يتعثر الناس فى بحوث عسيرة فُقدت عناصرها ، أو مستنداتها ، أو محاها النسيان من الذاكرة ، أو تعذر إقامة البينة عليها ، لوفاة الشهود . من أجل كل هذا وضع نظام التقادم حتى تستقر الطمأنينة القانونية ويوضع حد للمطالبات القديمة .

والخلاصة أن التقادم المسقط يفيد (١) اعفاء المدين من اثبات براءة ذمته (٢) ويفيد استقرار الطمأنينة القانونية .

١٦٤ — فى حساب زمن مضى المدة . يحتسب مضى المدة بالأيام لا بالساعات ويوم الابتداء dies a quo وهو اليوم الذى يقع فيه الفعل الذى يبتدأ منه حسبان مضى المدة لا يدخل فى حسبان زمن مضى المدة بل يبدأ بالحسبان من اليوم التالى له وأما يوم الانتهاء فهو منه . فاذا بدأ وضع اليد أو حق المطالبة فى ٢٩ يوليه سنة ١٩١٥ فلا يبدأ سريان المدة إلا منذ الدقيقة الأولى من يوم ٣٠ يوليه ، فاذا كانت مدة التقادم ١٥ سنة فلا تتم إلا فى الدقيقة الأولى من يوم ٣٠ يوليه سنة ١٩٣٠ ، والسنون المعتبرة هى السنون العربية لا السنون الميلادية [١] (م ٢١١ / ٢٥٧ م)

١٦٥ — فى زمن مضى المدة المسقط . تسقط الالتزامات والحقوق بمضى مدد مختلفة بعضها طويل والآخر قصير وسنتكلم عن كل حالة فيما يلى :

١٦٦ — مضى المدة الطويلة . (خمس عشرة سنة) . مضى المدة المسقط للتعهدات والديون خمس عشرة سنة . وهذه المدة تسرى على الدعاوى الشخصية والعينية . وقد تطول هذه المدة بسبب انقطاعها أو وقوف سريانها (م ٢٠٨ / ٢٧٢ و ٢٠٥ / ٢٦٩ م)

---

(١) Ch. Testoud, Observations sur la mode de Calcul des années. Egypte Contemporaine 1916 P. 315.

وقارن م ٢٧٦ / ٢٧١ تحقيق الجنايات وهالتون جـ ١ ص ٢٠٣

وهناك بعض دعاوى لا تسقط بمضى المدة كدعوى القسمة وفصل الحد والمرور . وسبب بقاء الحق بلا تقادم الى ما لا نهاية يرجع الى تجدد سببه . فسبب دعوى القسمة هو حالة الشيوع التى قد تطول وطالما أن هذا السبب قائم فسبب الدعوى يتجدد كل يوم .

١٦٧ — مضى المدة العشرى . (عشر سنين)

(ا) مسئولية المهندس المعماري والمقاول عن خلل البناء (م ٤٠٩/٥٠٠)

(ب) دعوى التضمينات الناشئة عن جناية لا تجوز اقامتها بعد انقضاء المدة المقررة لسقوط الحق فى اقامة الدعوى العمومية (٢٧٩ ، ٢٨٢ تحقيق جنايات)

١٦٨ - مضى المدة الخمسى[1] (خمس سنين) (م ٢١١ / ٢٧٥)

وسبب التقادم فى الحالات الآتية هو الشفقة على المدين وهى خاصة بكل ما يستحق دفعه سنويا أو بمواعيد أقل من سنة فاذا لم يطالب الدائن بماله يكثر الدين ويصبح حملا ثقيلا قد يؤدى الى خراب المدين . وفى تقصير مدة التقادم حث للدائن على المطالبة وهذه الحالات هى :

١) مؤخرات المرتبات المقررة لمدة أو مدى الحياة والنفقات والمعاشات

---

(١) ذهب القضاء الفرنسى الى أنه يشترط لسريان التقادم الخمسى توافر ثلاثة شروط وهى (١) أن يكون الدين دوريا ، periodique (٢) أن لا يكون القانون قضى بمدة تقادم أقل كاجور الخدمة (٣) أن يكون ميعاد استحقاق الدين ثابتاً غير متغير وأن يكون مقداره معينا . لذلك لا يسرى التقادم الخمسى على الديون التى ليس لها ميعاد استحقاق ثابت أو التى يتغير مقدارها كالفائدة التى يستحقها الوكيل أو الفضولى عن المبالغ التى قدماها مادام مقدارها لم يحدد بتسوية حساية règlement de compte (١٢ مارس سنة ١٨٧٨ ، د ، ١٨٧٨ ، ١ ، ٢٧٣) وكذلك الحال بالنسبة للفوائد المستحقة للموكل قبل الوكيل الذى استعمل لمصلحته الخاصة الأموال التى تلقاها بسبب الوكالة . وظاهر أن اشتراط ثبوت الدين من حيث الأجل والمقدار هو اضافة شروط لم تشر اليها المادة ٢١١، ٢٧٥ م وهو ما يترتب عليه أن أرباح الشركات ، وهى متغيرة من عام الى آخر لا يسرى عليها هذا التقادم . لذلك ينتقد الشراح هذا القضاء (جوسران ج ٢ بند ٩٧٨) .

٢) فائدة الديون سواء أكانت فائدة تأخير بناء على المطالبة الرسمية أو فائدة اتفاقية . ولا يشترط أن تكون فائدة عن قرض بل يجوز أن تكون فائدة عن باقى ثمن أو فرق بدل أو تعويض (سم ديسمبر ١٩٢٥ تق ج ٣٨ ٠ ١٤١) واذا دفع الفضولى أو الوكيل عن المدين فوائد فتكون مدة التقادم ١٥ سنة لأن المبلغ المدفوع بالنسبة للموفى ليس فوائد بل رأس مال .

٣) أجور الأراضى والمنازل وملحقاتها كالأموال الأميرية بالنسبة للمالك لا للحكومة . والذى يسقط من الايجار هو الذى مضى عليه خمس سنين من تاريخ الاستحقاق .

٤) كل ما يدفع بصفة دورية كاشتراكات الصحف والمجلات والنوادى وغيرها .

٥) الديون التجارية المتعلقة بالكمبيالات والسندات الأذنية التجارية والشيكات التجارية (م ١٩٤ / ٢٠١ تجارى)

٦) كل ما نشأ عن أعمال الشركة من الدعاوى على الشركاء غير المأمورين بتصفية الشركة أو على القائمين مقامهم . ويبدأ مضى المدة من تاريخ انتهاء مدة الشركة أو من تاريخ إعلان الاتفاق المتضمن فسخ الشركة (م ٦٥ / ٧١ تجارى) .

٧) الدعاوى الخاصة بالتأمين البحرى والقرض البحرى يسقط الحق فيها بعد مضى خمس سنين من تاريخ العقد (م ٢٦٩ بحرى) .

٨) الأرباح التى توزع على المساهمين فى الشركات التجارية وقد اعتبرتها المحاكم كالايرادات السنوية .

١٦٩ — **رد الثمار والتقادم الخمسى** . اذا التزم الحائز بسوء نية بأن يرد العين والثمار أو الريع الذى استولى عليه أثناء حيازته فلا يستطيع أن يتمسك بالتقادم الخمسى . فاذا كانت حيازته استمرت مدة خمس عشرة سنة وجب عليه أن يرد الثمار عن هذه المدة

وقد أخذ القضاء بهذه القاعدة وقضى بأن حكم المادة ٢١١ / ٢٧٥ م لا يسرى على طلب استرداد الريع المغتصب بغير حق وبناء على ذلك يسقط حق المطالبة به بعد مضى خمس عشرة سنة لا بمضى خمس سنين (١) وذلك لأن التزام المغتصب برد الثمار مرتبط بالتزامه برد العين . والمغتصب يعلم أنه لا حق له فى الاستيلاء على الثمار وكان يتعين عليه أن لا يستولى على شىء لذلك يلزم برد كل قرش استولى عليه . وعملا بهذه القاعدة قضت المحاكم المختلطة بأن التقادم الخمسى مقرر لمصلحة المستأجر فلا يستفيد منه من يستولى على الايجار بدون وجه حق (سم ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ تق ج ١٧ ، ٢٩٨)

١٧٠ — **مضى المدة الثلاثى** : (ثلاث سنين) دعوى التضمينات الناشئة عن جنحة (٢٧٩ و٢٨٢ تحقيق جنايات) وتعهد الكفيل المذكور فى مادتى ١٥٠ و١٥١ تجارى (مادة ١٥٤ تجارى) وهو الذى يقدمه مالك الكمبيالة الضائعة الذى يريد استيفاء قيمتها

١٧١ — **مضى المدة الثنائى** . (سنتين) دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش بعد بلوغ أو وفاة البائع بسنتين (م ٣٣٦ و٣٣٧ / ٤١٩ و ٤٢ م)

١٧٢ — **سقوط الحق بمضى سنة** . حق المشترى فى فسخ البيع أو فى تنقيص الثمن وحق البائع فى طلب تكميل الثمن (م ٢٩٦ / ٣٧٠ م) . وكل دعوى على الوكيل بالعمولة وعلى أمين النقل فيما يختص بالارساليات التى تحصل للبلاد الأجنبية (م ١٠٤ / ١٠٩ تجارى) .

١٧٣ — **فى السقوط بمضى ثلاثمائة وستين يوما** : (٢٠٩و٢١٠ / ٢٧٣ و٢٧٤) .

١) المبالغ المستحقة للأطباء والمحامين والمهندسين (١) مقابل عملهم

---

(١) محكمة الاستئناف الاهلية ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ ج ١٣ عدد ٩٢ . وسم ٢٧ يناير سنة ١٨٩٢ تق ج ٤ ، ٨٠ واوبرى ورو ج ٢ بند ٢١٩ . وعكس ذلك استئناف أهلى ٢٢ ديسمبر سنه ١٩١٠ ج ١٢ عدد ٥٠

(٢) لم يشر القانون المختلط (م ٢٧٣) الى المحامين والمهندسين

ولمؤدبى الأطفال والمعلمين على تلاميذهم (الفقهاء والعرفاء) .

٢) المبالغ المستحقة للتجار قبل غير تاجر particuliers non marchands ثمن مبيعاتهم أو قبل تاجر فى غير ما يتعلق بتجارته . والمقصود بالتاجر من يشترى بضاعة لأجل أن يبيعها بذاتها أو يغيرها بالصناعة مثل القصاب والبدال والخباز والحائك .

والسلع المبيعة تخضع للتقادم الذى مدته خمس عشرة سنة فى ثلاث حالات:

ا — اذا حصل البيع من غير تاجر

ب — اذا حصل البيع من تاجر وكان المبيع خارجا عن تجارته كما لو باع تاجر قمحاً ناتجاً من أرضه الخاصة أو نبيذاً من كرومه

ج — اذا اشترى التاجر بضاعة لتجارته كما لو اشترى غلالا ليبيعها

والخلاصة أن السقوط لا يحصل إلاّ إذا كان العمل تجارياً بالنسبة للتاجر ومدنياً بالنسبة للمشترى .

(٣) المبالغ المستحقة لخدمة المنازل .

(٤) الدعاوى المتعلقة بتوريد أخشاب وشراعات وأهلاب لانشاء السفينة وتجهيزها الخ (م ٢٧٠ بحرى)

١٧٤ — فى السقوط بمضى ١٨٠ يوما . كل دعوى على الوكيل بالعمولة وعلى أمين النقل بسبب ضياع البضائع أو تلفها فيما يختص بالارساليات الداخلية (م ١٠٤ / ١٠٩ تجارى)

١٧٥ — فى السقوط بمضى ستة أشهر . دعوى التضمينات الناشئة عن مخالفة (المواد ٢٧٩ و٢٨٢ تحقيق جنايات)

١٧٦ — متى يبتدىء مضى المدة . يبدأ سريان المدة المسقطة من اليوم الذى ينشأ فيه الحق ويستطيع فيه الدائن المطالبة بحقه وذلك لأن أساس سقوط الحق بمضى المدة اهمال الدائن مع قدرته على المطالبة . فاذا استحالت

المطالبة على الدائن بحكم القانون أو بالاتفاق أو بقوة قاهرة فلا يبدأ سريان المدة الا اذا زال هذا العائق (١) .

١ — التعهدات المعلقة على شرط . اذا كان التعهد معلقا على شرط توقيفى فلا يسرى مضى المدة إلا من يوم تحقق الشرط (سم ٣ مارس سنة ١٩٢٧ ، تق ج ٣٩ ، ٣٠٢) (أعطيك مائة جنيه اذا نجحت فى الامتحان فمضى المدة لايسرى الا من اليوم الذى يتحقق فيه الشرط وهو النجاح) أما الشرط الفاسخ فهو لا يوقف سريان المدة لأن الدائن يستطيع مطالبـــة المدين من يوم التعاقد فيسقط الحق اذا انقضت مدة التقادم قبل تحقق الشرط . وتطبيقاً لهذه القاعدة لا تسقط دعوى ضمان (م ٣٠٠/٣٧٤ م) البائع قبل المشترى الا من تاريخ الحكم النهائى الصادر بالاستحقاق (سم ٢٤ مايو سنة ١٩١٠ تق ج ٢٢ ، ٢٢٣) .

٢ — التعهدات الآجلة . لايبدأ سريان المدة الا من يوم حلول الأجل لأن الدائن لا يستطيع المطالبة قبل ذلك ويلاحظ أن الأجل قد يكون ضمنياً وهو الذى يستفاد من ظروف الحال ولا يبدأ سريان التقادم بالنسبة للفوائد الا من يوم استحقاقها وفيما يختص بثمن المبيعات من يوم حصولها الا اذا كان المشترى معتاداً أن يدفع فى نهاية كل شهر أو فى مواعيد معينة وفى هذه الحال يفترض وجود أجل ضمنى واذا كان الوفاء مجزءاً على أقساط سنوية فيعتبر كل قسط وحدة مستقلة ويكون لكل قسط مبدأ تقادم مستقل (سم ١٩ ابريل سنة ١٩٢٥ تق ج ٣٧ ، ٣٣٤) واذا لم يضرب أجل معين للوفاء فيبدأ سريان المدة من يوم انشاء التعهد نفسه كالقرض الذى لم يعين تاريخ أدائه (٢) .

---

(١) يقول المثل اللاتينى - Contrà non valentem agere non courit pres cribtip ويقابله بالفرنسية La prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossipilitè d'agir

(٢) استئناف أهلى ٥ ابريل سنة ١٩١٧ ٥ ابريل سنة ١٩١٧ عدد ٩١ ، ١ السنة الثامنة عشرة وفارن م ١٦٠ ، ١٦٧ تجارى

٣ — أجور الأطباء : يزور الطبيب المريض عدة مرات وتحدد أجرته عن كل زيارة . وسقوط الحق بمضى المدة لا يسرى إلا من اليوم الذى ينقطع فيه الطبيب عن زيارة المريض بسبب شفائه أو وفاته أو سفر الطبيب أو استبداله بغيره . لأن هناك شبه استحالة أدبية تمنع الطبيب من المطالبة بأجرته عن كل زيارة . ولكن لو استعصى المرض وطال فيقول البعض بسريان المدة من تاريخ كل زيارة (شامبيرى ٢٨ فبراير سنة ١٨٧٣ د ، ١٨٧٣ ٢ ، ١٥٣) .

٤ — التعهد بالامتناع عن عمل : يبدأ سريان المدة من اليوم الذى يقوم فيه المدين بعمل مخالف لتعهده بالامتناع عن العمل (تعهد بعدم فتح محل تجارى) .

والخلاصة أن الحق لا يتقادم إلا اذا أمكن المطالبة به . وقد سار القضاء على أن الاستحالة الناشئة عن القانون أو القوة القاهرة أو الاتفاق تمنع سريان المدة طالما أن هذه الاستحالة باقية فاذا زالت يبتدأ سريان المدة .

١٧٧ — **فى انقطاع مضى المدة** . الانقطاع هو حدوث فعل لمصلحة صاحب الحق المهدد بالزوال بمضى المدة قبل تمامها فيضيع به مافات منها وهو يحدث بسببين (١) التقاضى (٢) اعتراف المدين الاختيارى بالدين .

(١) انقطاع المدة المبنى على التقاضى : ويكون باعلان صحيفة الدعوى أو التنبيه الرسمى أو الحجز .

ا — الاعلان . وهو التكليف بالحضور أمام المحكمة ويحرره الدائن الى المدين ويعلن على يد محضر (م ٨٢/١١١م) واعلان الدعوى أمام محكمة غير مختصة لا يبطل أثر الاعلان رفقا بالمتقاضين (سم ١٥ يونيه سنة ١٩٢١ تق ج ٣٣ ، ٣٩٣) لأن قواعد الاختصاص يعسر أحياناً معرفة الصحيح منها وكثيراً ما تخطىء المحاكم ذاتها فى تطبيق هذه القواعد .

ب — صحة الدعوى : التقاضى القاطع للمدة لا ينتج دائما أثراً حاسما

بل يشترط أن تستمر الدعوى وتكون مقبولة من المحكمة . وكل الأسباب التى تؤثر فى الدعوى تؤثر فى انقطاع المدة وهذه الأسباب هى : —

حـ — الحكم ببطلان صحة الدعوى . يجب أن يكون الاعلان صحيحاً فاذا لم تراع الاجراءات المقررة فى المواد ٣ و ٦ و ٧ و٨ و ٩ و١٣ مرافعات يعتبر لاغياً (مادة ٢٢ مرافعات) ولا يقطع المدة (بهذا المعنى دى هلتس وعكس ذلك سم ١٢ يناير سنة ١٩١١ تق ج ١٣ ، ١٠٥) .

ى — ترك المرافعة . اذا ترك المدعى الدعوى ، ولا يعتبر الترك تنازلا منه عن حقه فى أصل الدعوى ولكن الاجراءات التى يكون المدعى قد قام بها تعتبر لاغية ولا تمنع من سريان المدة (٣٠٥ مرافعات) .

هـ — بطلان المرافعة . اذا أوقفت الدعوى واستمر الانقطاع مدة ثلاث سنوات فللمدعى عليه أن يرفع دعوى ببطلان المرافعة وتبطل كل الاجراءات السابقة (مادة ٣٠١ مرافعات)

و — التنازل عن الدعوى . اذا تنازل المدعى عن دعواه بعد اقامتها تسقط جميع الاجراءات السابقة بما فيها اعلان الدعوى .

ز — رفض الدعوى . أى اذا حكم برفض دعوى المدعى وفى هذه الحالة يتمسك الخصم بالحكم الحائز لقوة الشىء المحكوم به ولا حاجة به أن يتمسك بمضى المدة .

(٢) التنبيه الرسمى : وهى ورقة رسمية تعلن بمعرفة محضر لتكليف المدين بوفاء تعهده فان لم يفعل ينفذ على أمواله بالوسائل القانونية (١) . ولا يكون إلاّ بناء على سند رسمى واجب التنفيذ (حكم أو عقد مشمول بالصيغة التنفيذية) والانذار لا يقوم مقام التنبيه (٢) إلا اذا اشتمل على

---

(١) ويذهب القضاء المختلط الى أن التنبيه الرسمى قاطع لسريان المدة حتى لو لم يعقبه حجز (سم ٤ مارس ١٩٢٤ تق ج ٣٦ ، ٢٥٠ وسم ٨ يناير سنه ١٩٢٥ تق ج ٣٧ ، ١٤٣)

(٢) استئناف أهلى ٢١ ديسمبر سنه ١٩١٥ عدد ٤٠ السنة السابعة عشرة

تكليف المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة ويكون فى هذه الحالة بمثابة تكليف بالحضور . والانذار الخالى من التكليف بالحضور يفيـــد فقط لاثبات تقصير المدين .

(٣) الحجز : والحجز لا يقتضى حصول تنبيه سابق دائما كالحجز الاستحقاقى أو الامتيازى أو حجز ما للمدين لدى الغير بالنسبة لدين الحاجز والمحجوز عليه (هالنون ج ١ ص٢٠٨ وسم ١٢ يناير ١٩١٥ تق ج ٢٨ ، ١٠٩) .

(٤) الاعتراف بالدين ، بواسطة المدين قاطع لمضى المدة ويحصل الاعتراف كتابة أو شفاها . ويكون الاعتراف فى هذه الحالة صريحاً . وقد يكون ضمنياً كما لو دفع المدين فوائد الدين (بلانيول ج ٢ بند ٦٦٥ وسم ١٨ مايو سنة ١٩١١ تق ج ٢٣ ، ٣٣٠) .

ويحصل الاعتراف بتحرير سند جديد فى حالة ضياع السند القديم بشرط أن يكون مشتملا على البيانات المهمة فى السند القديم .

١٧٨ — **فى آثار انقطاع مضى المدة** . متى انقطعت المدة فلا يحتسب الزمن السابق أى أن الزمن السابق واللاحق لا يتصلان . ويبدأ مضى المدة ثانية من تاريخ انقطاع مضى المدة الأولى . يستثنى من ذلك حالة ما اذا كان سقوط الحق مدته ٣٦٠ يوماً وحصل التاجر على اعتراف كتابى بالدين فتكون مدة التقادم ١٥ سنة (سم ٩ مايو سنة ١٨٩٤ تق ج ٦ ، ٢٧٨) .

١٧٩ — **فى وقوف سريان المدة** . وقوف سريان هو عدم استمرارها زمناً بحكم القانون محافظة على حقوق مفقود الأهلية أو من عرضت له قوة قاهرة منعته من المطالبة بحقه فلا تحتسب إلا المدة السابقة واللاحقة للوقوف باضافتهما سوياً أما مدة وقوف سريان المدة فلا تحتسب (م ٨٤و٨٥/ ١١٤ و ١١٥ م) .

١٨٠ — **حكمته** . رأى القانون حباً فى تقرير العدالة بين الناس أن هناك

بعض أفراد لا يستطيعون لظروف خاصة أن يعملوا على انقطاع مضى المدة فقضى أن يعلق الزمن السابق على تاريخ الوقوف حتى يزول سببه ومتى زال جرت المدة ثانية وأضيف الزمن السابق الى الزمن اللاحق .

١٨١ — **فى أسباب وقوف سريان المدة** . وهى : —

(١) حالة الصغر والحجر . يقف سريان المدة لصالح القاصر والمحجور عليه مادام سبب عدم الأهلية قائما .

ولا يقف سريان المدة إلا بالنسبة للتقادم الذى تزيد مدته على خمس سنين فلا يسرى على التقادم الذى مدته ثلاث سنين أو أقل من ذلك (طبيب سنه أقل من ٢١ سنة . خادم) .

(٢) القوة القاهرة . وهى التى تمنع صاحب الحق من المطالبة به منعاً تاماً (أسر ، قطع المواصلات ، وقف المحاكم) .

١٨٢ — **سريان مضى المدة القصيرة فى حالة الصغر والحجر** . لا يقف مضى سريان المدة بالنسبة للقصر والمحجور عليهم اذا كانت مدة التقادم خمس سنين فأقل . والسبب هو أن المدد القصيرة لا تعتبر تقادماً بالمعنى الصحيح بل هى عبارة عن قرينة قانونية على الوفاء ولأن العادة جرت بأن لا ينتظر صاحب مثل هذا الحق مدة طويلة للمطالبة بحقوقه (أجرة خادم الخ) .

١٨٣ — **فى آثار مضى المدة** مضى المدة دفع موضوعى يجوز للمدين أن يتمسك به فى مواجهة الدائن . وهذا الدفع يمكن المدين من رفع دعوى الدائن . ومضى المدة لا يسرى بحكم القانون بل يجب أن يتمسك به المدين فهو وحده الذى يستعمله ويترتب على ذلك أنه يجوز للمدين أن لا يتمسك بمضى المدة ويوفى ما عليه ويكون الوفاء فى هذه الحالة صحيحا . ولا يعتبر تجديداً للدين لأن الحق فى ذاته لا يسقط بتقادم الزمان .

وليس للمحاكم أن تحكم من تلقاء نفسها بسقوط الحق بمضى المدة اذا لم

يتمسك المدين بهذا الدفع (سم ١٢ يونيه سنة ١٩٢٣ ، تق ج ٣٥ ، ٥٠٣) ويستفاد هذا الحكم من عبارة المادة ٢٠٤ / ٢٦٨ م التى تقول « مضى المدة المقررة بالقانون يترتب عليه سقوط التعهد واعتبار براءة المتعهد منه اذا تمسك بذلك » .

يستثنى من ذلك حالة ما اذا رفعت الدعوى المدنية تابعة للدعوى الجنائية فيجوز للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بسقوط الحق تبعا للدعوى الجنائية الأصلية . والمسألة خلافية إذا كانت الدعوى المدنية رفعت بصفة أصلية بالمطالبة بتعويض بسبب جريمة .

١٨٤ — **متى يجوز التمسك بمضى المدة** . يجوز التمسك بمضى المدة فى أية حالة كانت عليها الدعوى en tout état de cause (سم ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ ، تق ج ٣٦ ، ١٠٩) فيجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف [1] (سم ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ تق ج ٣٦ ، ١٧٨) بشرط أن لا يكون المدين تنازل عن التمسك بها (أنظر بند ١٨٩) .

١٨٥ — **من له حق التمسك بمضى المدة** . المدين وكل شخص له مصلحة كدائن المدين تطبيقا للمادة ١٤١/٢٠٢م وكالمدين المتضامن والكفلاء (٢٠٧ / ٢٧١ مدنى) فاذا ترك المدين التمسك بمضى المدة فلا يضر الا نفسه ويجوز لكفلائه أن لا يدفعوا شيئا الى الدائن وأن يتمسكوا بالتقادم فى مواجهة الدائن (سم ٢٤ يونيه سنة ١٩٢٤ تق ج ٣٦ ، ٤٤٦)

واذا كان للمدين عدة دائنين وتقادم أحد الديون ولم يتمسك المدين بمضى المدة فيجوز لباقى الدائنين أن يتمسكوا بمضى المدة وقد يكون لهم مصلحة فى

(١) لا يعتبر التمسك بمضى المدة من الطلبات الجديدة التى لا يجوز تقديمها لمحكمة الاستئناف لاول مرة (٣٦٨ / ٤١٢ مرافعات) وذلك لان موضوع الدعوى فى الدرجتين لم يتغير ويجوز للخصوم أن يبدوا أدلة جديدة لثبوت الدعوى أو لنفيها فى أية حالة كانت عليها الدعوى (٣٦٩/ ٤١٣ مرافعات)

ذلك اذا كان الدين المتقادم ممتازاً أو سابقاً فى الرهن فمن مصلحة بقية الدائنين أن يبعدوا صاحب هذا الدين ولو لم يكن دينه ممتازاً حتى لا يزاحمهم فى توزيع أموال المدين اذا كانت لا تكفى لسداد ديونهم (م ٢٠٦ / ٢٧٠ م) ويلاحظ أنه يشترط تدليس المدين ورغبته فى الاضرار بدائنيه .

١٨٦ — **فى الاثر الطبيعى لمضى المدة** . مضى المدة هو احدى طرق انقضاء التعهدات . وليس للدائن وسيلة للهروب من سقوط حقه . ومضى المدة يمنع القاضى من استماع الدعوى فليس له أن يبحث فى حق الدائن وسببه لأن مجرد مرور الزمان بلا عذر شرعى يمنع من ذلك .

وانقضاء التعهد المبنى على مرور الزمان لا يمنع المدين من الوفاء ويعتبر التعهد طبيعياً فاذا أوفى المدين فيعتبر وفاؤه صحيحاً .

١٨٧ — **مضى المدة الذى مدته ٣٦٠ يوما فأقل** . (م ٢١٢/٢٧٦م) استثنى القانون الحقوق التى تسقط بمضى ٣٦٠ يوما فأقل وقضى بأن لا تبرأ ذمة من يدعى التخلص بمضى المدة [1] الا بعد حلفه اليمين انه أدى حقيقة ما كان فى ذمته وعلى ذلك لا يكفى تمسك المدين بمضى المدة بل يجب أن يحلف اليمين حتى ولو لم يوجهها اليه الدائن والمحكمة هى التى توجه اليه اليمين فى هذه الحالة الأخيرة فان نكل عن الحلف يقضى عليه بالدين .

وصيغة اليمين التى يحلفها المدين هى أنه أدى حقيقة ما فى ذمته فاذا توفى المدين فلا يستطيع الورثة أن يحلفوا اليمين بهذه الصيغة لأنهم قد يجهلون هذه الواقعة لذلك قضى القانون فى المادة ٢١٣/٢٧٧ بأن الأرامل والورثة والأوصياء يتخلصون بحلفهم « أنهم لا يعلمون أن المدعى به مستحق » ويسمى

---

(١) أساس هذا التقادم افتراض براءة ذمة المدين فاذا نازع المدين فى وجود الدين ، فمعنى هذا أن لا يتمسك بقرينة براءة ذمته وعلى ذلك لا يستطيع المدين بعد ذلك التمسك بمضى المدة القصيرة (سم ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ ، تق ج ٣٩ ، ٦٨)

يمين الاستيثاق Serment de crédulité [1]

١٨٨ — **الاعتراف** . وهو يقوم مقام اليمين فاذا اعترف المدين بالمدعى به قام هـذا الاعتراف مقام اليمين . وقد يكون الاعتراف بالدين ثابتاً بالكتابة . وإذا كانت قيمة المدعى به تقل عن الألف قرش يجوز اثباته بالبينة وقد يكون الاعتراف ضمنياً يستنتج من الظروف كما لو تمسك بدفع يتنافر مع الوفاء مثلا إذا تمسك بالمقاصة وتبين أن الدائن ليس مديناً بشىء الى مدينه.

وفيما عدا الحلف أو الاعتراف لايجوز للدائن أن يبدى أى وجه آخر لابطال أثر مضى المدة : ولايجوز للقاضى أن يستنتج بقاء الحق فى ذمة المدين من وقائع أو ظروف أخرى خلاف اليمين أو الاعتراف .

وقضت بعض المحاكم بأنه يجوز للدائن أن يطلب من المحكمة استجواب المدين للتوصل إلى أخذ اعتراف منه بالدين . بل يجب أن يكون اعترافه سابقاً على رفع الدعوى .

١٨٩ — **ترك التمسك بمضى المدة** . اذا اكتسب المدين حق التمسك بمضى المدة فيجوز له أن يرفض التمسك به . وفى هذا تقول المادة ١٠٨/٨٠ « لا يجوز ترك الحق فى التملك بمضى المدة الطويلة قبل حصوله انما يجوز ذلك بعد حصوله لـكل شخص متصف بأهلية التصرف فى حقوقه » . والترك يؤثر فى الماضى والاعتراف بالدين يعتبر تركا للتمسك بمضى المدة وقاطعاً لها (سم ١١ يناير سنة ١٩٠٠ تق ج ١٢ ، ٨٤) .

ويجوز أن يكون الترك ضمنياً وهو الذى يستنتج من الوقائع . وابداء المدين لأوجه دفاع خلاف التقادم لايعتبر دليلا على الترك فقد يكون غير عالم باكتسابه لهذا الدفع وأن ضميره لا يرضى بالتمسك بهذا الدفع القانونى

---

(١) اذا أقيمت الدعوى على المدين ولم يتمسك أمام محكمة أول درجة ببراءة ذمته ثم توفى فلايستطيع ورثته أمام محكمة ثانى درجة أن يتمسكوا بالدفع المبنى على الوفاء (سم ٢٧ يوليه سنة ١٩١٠ تق ج ٢٢ و ٣٨٧)

لاعتقاده أنه يستطيع كسب الدعوى بدفع آخر (سم ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ تق ج ٣٦ ، ١٧٩).

ويعتبر تركا ضمنياً دفع الدين أو اجراء دفعه تحت الحساب ، ودفع الفوائد وطلب مهلة للوفاء وتقديم تأمين والتمسك بالمقاصة .

١٩٠ — **الاتفاق سلفا على ترك التمسك بمضى المدة** . لايجوز الاتفاق سلفاً على ترك التمسك بمضى المدة ومثل هذا الاتفاق يعتبر مخالفاً للنظام العام لأن المدين الذى يقبل سلفاً مد المدة القانونية يتنازل بصفة جزئية عن التقادم ويقبل أن يظل ملتزماً بالتعهد فى وقت يريد القانون أن يكون فيه المدين برىء الذمة . كذلك لا يجوز الاتفاق على مد المدة Clause extensive الى مايزيد على المدة المقررة قانوناً كالاتفاق على أن تكون مدة التقادم مائة سنة بدل خمس عشرة سنة (بلانيول ج ٢ بند ٦٤٩) انما يجوز الاتفاق على تقصير المدة Clause abreviative [١] كما يحدث فى عقود التلاحق أو الانضمام Contrat d'adhesion مثل عقود التأمين والنقل التى يتفق فيها على سقوط حق المستأمن أو الناقل فى التعويض اذا لم يطالب به فى ظرف مدة تقل عن المدة المحددة قانوناً (كابتان ج ٢ ص ١٣٨) واذا كان لا يجوز الاتفاق على ترك التمسك بمضى المدة إلا أنه توجد أحوال يجوز فيها هذا الاتفاق وذلك لأن سبب تحريم هذا الاتفاق هو مغايرته للنظام العام الذى يأبى مد مضى المدة الطويلة . ولكن هناك أحوالا يتأثر فيها النظام العام من هذا المد . مثال ذلك ماتقضى به المادة ٣٢٤/٤٠٢ م من وجوب تقديم دعوى الضمان الناشىء عن عيوب خفية فى ظرف ثمانية أيام من تاريخ العلم بها . ويقضى القانون ببقاء مسئولية المقاول مدة عشرة سنين . فيجوز الاتفاق فى هاتين الحالتين

---

(١) نقض فرنسى ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ د ، ١٨٩٦ ، ١ ، ٢٤١ و ٢ فبراير سنة ١٨٩٧ د ، ١٨٩٨ ، ١ ، ٥٦١ .

وما يماثلهما على مد التقادم إلى سنة أو عشرين سنة (أوبرى وروج ٥ بند ٣٧٤).

واذا ترك المدين التمسك بمضى المدة بعد أن اكتسبها فيجوز لدائنه أن يبطل أثر الترك بدعوى ابطال التصرفات (الدعوى البوليسية) ويشترط أن يكون المدين قصد الاضرار بالدائن.

واذا ترك أحد المدينين المتضامنين أو المدين الأصلى حقه فى التمسك بمضى المدة الموجبة لتخلصه من الدين فلا يضر ذلك بباقى المدينين المتضامنين وبالكفيل الذين تخلصوا من التزاماتهم بمضى المدة (م ٢٠٧ / ٢٧١ م) وتسرى هذه القاعدة على الشخص الذى رهن عقاره لضمان دين المدين.

ذيل — فى المواعيد القانونية

١٩١ — فى المواعيد القانونية les délais préfix. وهى المواعيد التى يعينها القانون للمطالبة بحق أو للقيام بعمل فى ظرف مدة معينة وإلا تعرض الحق للزوال وتعذر القيام بالعمل. ويترتب على التأخير سقوط الحق أو الامتياز الذى أعطاه القانون لذوى الشأن. وينص قانون المرافعات على مواعيد للطعن فى الأحكام. وينص القانون المدنى على مواعيد للطعن بالبطلان فى بعض التصرفات كالمواعيد الخاصة بالغبن الفاحش فى بيع عقار القاصر ومواعيد تطهير العقار من الرهن، ومواعيد اجراءات نزع الملكية والبيع بالمزاد، ومواعيد البيع الوفائى، وفسخ البيع أو تنقيض الثمن الخ.

١٩٢ — فى الفرق بين المواعيد القانونية والتقادم . يفسر التقادم بضرورة وضع حد للمنازعات التى تتولد عن عدم استقرار الحقوق ومنع المطالبات المتأخرة. وأساسه حسبان الاحتمالات le calcul des probabilités إذ يفترض بعد انقضاء زمن معين أن التعهد تنفذ أو أن المدين أبرىء بوجه

عام من التعهد . والتقادم اقرار قانونى لهذا الاحتمال . فهو طريقة للاثبات ، أو بالأخرى اعفاء من الاثبات أكثر مما هو طريقة لانقضاء التعهد .

أما المواعيد القانونية فهى بخلاف ما تقدم . ذلك لأن المشرع بتقريره مواعيد معينة ، يبغى قسر صاحب الحق على الاسراع فى العمل . ولا يعنى بتعرف ضميره ، وتفسير نيته ، ولكنه يأمره بانتهاج خطة فى ظرف وميعاد معينين ، فاذا لم يفعل جازاه بسقوط حقه وحرمانه.

١٩٣ — فيما يترتب على التفرقة بين المواعيد القانونية والتقادم . وضعت المواعيد لأغراض أخرى غير أغراض التقادم مما يترتب عليه : —

(١) عدم احتمال المواعيد القانونية وقوف أو انقطاع سريان المدة لانهما خاصان فقط بالتقادم . ويقع السقوط المترتب على المواعيد القانونية رغم وقوع القوة القاهرة (نقض فرنسى ، أودة العرائض ٢٨ مارس سنة١٩٢٨ س ، ١٩٢٨ ، ١ ، ٣٠٨) .

(٢) ومن باب أولى لا يجوز تعديل المواعيد القانونية بارادة ذوى الشأن فلا يجوز مدها أو تقصيرها .

(٣) واذا كان لا أثر للاتفاق الحاصل بين ذوى الشأن سلفاً ، على المواعيد القانونية ، فالتنازل ، عن المواعيد القانونية ، لا أثر له أيضاً . لأن المواعيد القانونية ينتج أثرها رغم ارادة المستفيد (نقض فرنسى ٧ مايو سنة ١٩٢٣ د ، ١٩٢٣ ، ١ ، ٤٧) .

(٤) يلتزم القاضى أن يعمل على احترام المواعيد من تلقاء نفسه ولا يشترط التمسك بها بمعرفة أحد الخصوم .

(٥) اذا وقع السقوط بانقضاء المواعيد القانونية زال الحق بتاتاً .

الباب الخامس

فى انتقال التعهدات بالحوالة(1)

١٩٤ — **تعريف الحوالة** . الحوالة Cession de créance هى عقد ينقل الدين من دائن الى شخص آخر يصبح دائناً محل الدائن الأول . و تقتضى الحوالة وجود ثلاثة أشخاص وهم الدائن الذى يحول الدين ويسمى محيلا cédant والشخص الذى ينتقل اليه الحق ويسمى محالا cessionnaire والمدين وهو المحال عليه Cédé .

وقد اعتبر القانون الحوالة كالبيع (سم ١٧ مارس سنة ١٩٢١ تق ج ٣٣ ٢٢٠) ونص على أحكامها فى باب البيع لتوافر أركان البيع فيها من مبيع وثمن ورضا العاقدين . لكن الحوالة تحدث أحياناً بلا عوض ولهذا السبب استصوبنا دراستها مع نظرية التعهدات .

١٩٥ — **فى الوظيفة الاقتصادية للحوالة** . الحوالة مفيـــدة للمحيل والمحال . فهى مفيدة للمحيل لأنه إذا كان الدين مؤجلا فلا يستطيع المطالبة بدينه وقد يكون فى حاجة ماسة الى نقود . ويستطيع بالحوالة الحصول على دينه . كذلك يستطيع الدائن اذا كان مديناً أن يحول حقه الى دائنه لوفاء ما فى ذمته فالحوالة إذن تمكن الدائن من سك حقه نقودا والاستيلاء عليها قبل حلول ميعاد استحقاق دينه . أوهى أداة ائتمان ، والحوالة مفيدة للمحال لأنها قد تكون وسيلة لتثمير نقوده خصوصاً اذا كان الدين مضموناً برهن .

---

(1) Huc. Traité théorique et pratique de la cession et de la transmissim des créances البيع والحوالة والمقايضة : تأليف احمد نجيب بك الهلالى ص ٥٤٨ — ٦١٠

١٩٦ — في الحقوق الجائز تحويلها . الحقوق التي يجوز تحويلها هي الحقوق التعهدية الشخصية سواء أكانت منجزة أم معلقة على شرط أم مقترنة بأجل وسواء أكانت مقررة حاضرة أم متوقعة الحصول كالاستحقاق في ريع وقف [١] أو إيراد عقار . ويجوز تحويل حق المستأجر الناشيء عن الاجارة فلا يشترط أن يكون المحال به نقوداً . أما الحقوق العينية فلا يجوز تحويلها إلا بطرق خاصة بينها القانون وليست كل الحقوق التعهدية الشخصية جائزة التحويل كالحقوق المرتبطة بشخص الانسان كحق السكنى وحق الاستعمال الشخصيين (م ١٤/٣٠ مدني) وتذاكر الاياب وتذاكر المواسم والاشتراك في السكة الحديد والتذاكر المخفضة في المراسح . والنفقات المقررة أو المرتبة مؤقتاً (م ٤٣٦/٤٩٨ مرافعات) . ومرتبات الموظفين ومعاشاتهم ومصاريف الانتقال والمكافآت (قانون نمرة ١٧ لسنة ١٩١٨) وأجور العمال الذين يعملون للحكومة أو إحدى مصالحها . وأجور الخدمة وماهيات المستخدمين الذين يشتغلون في خدمة الأفراد أو الدوائر الخاصة أو المحال التجارية إلا بقدر النسبة المبينة في القانون (م ٤٣٤/ ٤٩٦ مرافعات) .

١٩٧ — في مدى الحوالة . تنقل الحوالة إلى المحال الدين وما يتبعه من التأمينات كالرهن والامتياز والكفالة . لكن الحقوق الشخصية المتعلقة بالمحيل لا تنتقل الى المحال كما لو كان المحيل قاصراً فوقوف سريان المدة بالنسبة له حق شخصي لا ينتقل إلى المحال .

ولكن هل ينتقل الى المحال حق المحيل في فوائد الدين ؟ يجب التفرقة بين الفوائد المتجمدة للمحيل قبل الحوالة والفوائد المستحقة بعد الحوالة فأما

---

(١) عكس ذلك سم ١٤ ابريل سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ ، ٢٩١ حيث أعتبر استحقاق المستحق في وقف حقاً عينياً droit de propriété وليس حقاً تعهديا droit de créance وأجاز الحكم الحوالة بين الوطنيين بلا حاجة الى رضا ناظر الوقف (المدين) . وخطل هذا الحكم ظاهر .

بالنسبة للفوائد المتجمدة قبل الحوالة فيرى بعض الشراح أنها تكون من حق المحال لأن صك الدين قد انتقل اليه ولا يمكن المطالبة بالفوائد إلا بمقتضى هذا الصك . ويرى فريق آخر أن المرجع فى ذلك الى ظروف الحال والى نية المتعاقدين أما بالنسبة للفوائد المستحقة بعد الحوالة فلا نزاع فى أنها من حق المحال .

الدفوع التى يجوز للمحال عليه أن يحتج بها على المحال . ينتقل الدين الى المحال بالحالة التى كان عليها قبل الحوالة . فيجوز للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال بالدفوع التى كان يمكنه أن يبديها فى مواجهة المحيل قبل الحوالة سواء كانت هذه الدفوع من شأنها انقضاء الدين أو انقاصه . ولا يسقط حق المحال عليه فى هذه الدفوع إلا اذا تنازل عنها . ورضاء المدين بالحوالة يفيد تنازله ضمناً عن الدفوع التى له قبل المحيل . وعلى ذلك فلا يستطيع أن يحتج بها على المحال . يؤيد ذلك ماورد فى المادة ١٩٧ / ٢٦١ مدنى حيث تقول « اذا أحال الدائن آخر بدين وقعت فيه المقاصة وقبل المدين الحوالة فلا يصح له بعد ذلك التمسك بالمقاصة على المحتال انما له أن يطالب المحيل بدينه » .

١٩٨ — فى شروط الحوالة فى القانون الأهلى : لا تنتقل ملكية الدين من المحيل الى المحال إلا برضاء المحال عليه كتابة . فان لم يوجد مستند كتابى فلا تثبت الحوالة الا بالاقرار أو باليمين (م ٣٤٩ مدنى) يترتب على ذلك أنه لا يكفى لاثبات الرضاء وجود مبدأ ثبوت بالكتابة .

ولا يشترط أن يكون رضاء المدين معاصراً للحوالة فيجوز أن يكون سابقاً عليها كما لو ذكر فى الصك أنه قابل للتحويل أو أنه لأمر أو تحت اذن المحيل أو أنه لحامله .

واشتراط القانون الأهلى رضاء المدين بالحوالة مفيد من الوجوه الآتية :

(١) بالنسبة للمدين . قد يكون للمدين مصلحة فى ابقاء الأمر سراً بينه وبين دائنه وقد يجوز أن يكون دفع الدين وترك سند الدين مع الدائن .

(٢) بالنسبة للمحال . اشتراط القانون الأهلى رضاء المدين بالحوالة مقرر فى مصلحة المحال إذ يستطيع أن يتحقق من بقاء الدين فى ذمة المدين لاحتمال أن يكون لدى المدين دفع مبطل للتعهد فرضاؤه يكون بمثابة اعتراف بوجود الدين وبعدم وجود وجه لبطلانه ، واعتراف بتنازله عما يكون عنده من الأوجه الموجبة للبطلان .

١٩٩ — فى شروط الحوالة فى القانون المختلط . لا يشترط القانون المختلط رضاء المدين بالحوالة . وفى هذا تقول المادة ٤٣٥ من القانون المدنى المختلط « تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع الى المشترى بمجرد تراضيهما » وقد اتبع فى ذلك القانون الفرنسى الذى يعتبر أن الدين جزء من ثروة الدائن فلا معنى لتعليق البيع على ارادة المدين خصوصاً وأنه لا يترتب على هذا البيع زيادة الدين .

٢٠٠ — متى يسرى على الحوالة القانون الأهلى ومتى يسرى القانون المختلط . لأجل أن تتعرف أى القانونين يسرى على الحوالة يجب أن نرجع الى الوقت الذى نشأ فيه المدين . فاذا كان الدين ناشئاً بين وطنيين سرت أحكام القانون الأهلى حتى لو حصلت الحوالة بعد ذلك لأجنبى وفيما عدا ذلك يسرى القانون المختلط والى هذا أشارت المادة ٤٣٦ مدنى مختلط فقالت « ومع ذلك فالتعهدات المدنية المحضة بين الأهالى لا يجوز تحويلها إلا برضاء المدين [1] ولا يثبت الرضاء إلا بالكتابة أو النكول عن اليمين » .

ويلاحظ أن المادة تشير الى « التعهدات المدنية » فاذا كان الدين تجارياً خضع للأصول المقررة فى القانون التجارى اذا كان هذا الدين ثابتاً فى ورقة تجارية مستوفية لكل شرائط الأوراق التجارية . ومعلوم أن انتقال

---

(١) وهو دفع موضوعى يجوز ابداؤه حتى أمام محكمة الاستئناف (سم ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ تق ج ٣٦ ، ٢١١) والمدين هو الذى يحتج بهذا الدفع فقط (سم ٢٢ابريل سنة ١٩١٩ تق ج ٣١ ، ٢٥٧ و سم٢٧ ابريل سنة ١٩٢٠ ، تق ج ٣٢ ، ٢٩٦)

الحقوق الثابتة فى أوراق تجارية يقع بواسطة التظهير أو المناولة دون حاجة إلى رضاء المدين (بند ٢٠٢)

٢٠١ — **فى شروط سريان الحوالة** . تقضى المادة ٣٤٩ من القانون المدنى الأهلى بأنه « لا يصح الاحتجاج بالبيع على غير المتعاقدين الا اذا كان تاريخ الورقة المشتملة على رضا المدين به ثابتة بوجه رسمى ولا يسوغ ذلك الاحتجاج الا من التاريخ المذكور فقط » وتقضى المادة ٤٣٦ من القانون المدنى المختلط بأنه « وتنتقل الملكية بالنسبة لغير المتعاقدين أولا .اعلان المدين بتحويل ما عليه من الدين اعلاناً رسمياً . ثانياً بقبول المدين الحوالة بكتابة مؤرخة تاريخاً ثابتاً بوجه رسمى ولا يسرى مفعول الانتقال الا من ذلك التاريخ فقط » ثم أضافت المادة بعد ذلك « أما بالنسبة للمدين فيعتبر الانتقال من تاريخ قبوله ولو لم يكن ذلك التاريخ ثابتاً بوجه رسمى » .

ومجرد علم المدين بتحويل الدين لا يقوم مقام الاعلان أو القبول ولا يجعل المدين ملزماً بالوفاء للمحال له .

وقد استثنى القانون من قاعدة سريان الحوالة على غير المتعاقدين بالقبول بتاريخ ثابت أو بالاعلان الأحوال الآتية : —

(١) تقضى المادة ١٣ من قانون التسجيل بأنه « لا يصح التمسك فى وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو بامتياز عقارى إلا اذا حصل التأشير بناء على طلب المحول اليه » .

(٢) تقضى المادة ٢ من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ بأنه « يلزم تسجيل عقود الايجار الذى تزيد مدته على تسع سنين وسندات الأجرة المعجلة الزائدة على ثلاث سنين لأجل أن تكون حجة على الغير ولم يشر القانون الى حوالة الأجرة والمعقول أنه لا فرق بين قبض الأجرة معجلا وتحويلها لأنه يترتب فى كلتا الحالتين نقص قيمة العقار فى نظر الغير لذلك يجب تسجيل صك الحوالة بالأجرة الزائدة على ثلاث سنين ، فاعلان الحوالة أو قبول

المستأجر لها بعقد ثابت التاريخ لا يكفى لجعلها نافذة على الغير ولا بد من تسجيلها أيضاً متى كانت الحوالة منصبة على أجرة زائدة على ثلاث سنين .

٢٠٢ — **فى انتقال الحقوق الثابتة فى أوراق تجارية أو مالية** . اذا كانت القاعدة العامة المقررة فى القانون المدنى الأهلى أن الحقوق لا تنتقل من ذمة الدائن الى المحال إلا برضاء المحال عليه فان ما تقتضيه التجارة من سرعة تداول الحقوق تجعل سريان هذه القاعدة معطلا لها لذلك أجازت القوانين انتقال الحقوق التجارية الثابتة فى أوراق تجارية أو مالية بشكل أبسط من حوالة الحقوق المدنية وهو ما أشارت اليه المادة ٣٤٩/٤٣٦م حيث قالت « كل هذا بدون اخلال بأصول التجارة فيما يتعلق بالسندات والأوراق التى تنقل الملكية فيها بتحويلها » وهذه الطرق الخاصة لا ترجع إلى طبيعة التعهد ولكن الى شكل الصك المثبت للتعهد المحرر طبقا للأوضاع المقررة فى القانون التجارى . والصكوك التى تنتقل بطرق خاصة هى :

(١) السندات والأسهم التى لحاملها . وهى تشابه من وجه الأشياء المادية فى أن ملكيتها تنتقل بواسطة التسليم المادى حتى قيل بأن الحق يختلط بالنسبة لها فى الصك المثبت له فاذا ضاع الصك ضاع الحق .

(٢) السندات والأسهم الاسمية . وتنتقل ملكيتها بواسطة الكتابة فى دفاتر الشركة التى أصدرت هذة الصكوك .

(٣) الصكوك الاذنية . كالسند الاذنى والكمبيالة والشيك المشتمل على شرط الاذن وسندات الشحن البحرى (م ٩٩ تجارى بحرى) وسندات التخزين فى المخازن العمومية تنتقل ملكيتها بالتظهير وهى كتابة يثبتها المظهر فى ظهر الصك تفيد انتقال الحق الثابت فى الصك الى المظهر اليه .

وقد قضى القانون المدنى المختلط فى المادة ٤٣٧ بأنه « فى المواد التجارية تحويل الدين الذى لم يكن بسند تجارى يكون معتبراً بالنسبة للغير اذا ثبت

اعلان التحويل للمدين أو قبوله له بمقتضى دفاتر محررة حسب القانون أو بأوجه الثبوت المقبولة فى المواد التجارية » :

٢٠٣ — **استعمال شرط الاذن والسند لحامله فى التعهدات المدنية** . نشأت صيغة شرط الاذن فى الأوساط التجارية سداً لحاجات التجارة . ولكن شرط الاذن جائز الاستعمال أيضاً فى التعهدات المدنية حتى لو كان الصك غير مستوف لشروط السند الاذنى المقررة فى القانون التجارى وقد أقرت المحاكم المصرية والفرنسية استعمال السند لحامله فى المعاملات المدنية

٢٠٤ — **فيما يترتب على الحوالة** . تنتج الحوالة أثرها القانونى بين العاقدين دون حاجة الى أى اجراء آخر سوى رضا المتعاقدين وهى تشبه من وجه بيع المنقول المعين بالذات فى أن الملكية تنتقل فيه بين المتعاقدين بمجرد حصول الايجاب والقبول ويلتزم المحيل بتسليم الصك الى المحال . ويلاحظ أن هذا الأثر قاصر على المتعاقدين وهما المحيل والمحال . أما من عداهما فيعتبرون من غير المتعاقدين لأنهم ليسوا طرفا فى عقد الحوالة وهم المحال عليه وجميع من يتلقون من المحيل حقوقاً على الدين المحال به مثل دائنو المحيل العاديون الذين أوقعوا حجزاً على الدين تحت يد المحال عليه ومن يرهن لهم المحيل الدين المحال به ومن يحول اليهم المحيل الدين السابق تحويله .

ولما كان المدين المحال عليه يعتبر من غير المتعاقدين لذلك يعتبر الدين باقياً فى ملك المحيل مادام المحال عليه لم يرض بالحوالة على حسب القانون الأهلى أولم يعلن بها على حسب القانون المختلط . لذلك يجب لأجل معرفة ما يترتب على الحوالة أن نفرق بين الزمن السابق والزمن اللاحق لقبول المدين الحوالة أو اعلانه بها على حسب التفصيل المتقدم .

(١) الزمن السابق لرضاء المدين أو اعلانه . المحيل هو الذى يملك

مقاضاة المدين ومطالبته بالدين . والمحيل هو الذى يستطيع أن يتخذ الاجراءات التحفظية قبل المدين . لكن المحاكم الفرنسية قضت بأن المحال يجوز له أن يتخذ الاجراءات التحفظية كأن يجدد الرهن المقرر لضمان الدين (باريس استئناف د ، ٧٨ ، ٢ ، ٣٦) وأن يحجز ما للمحال عليه لدى الغير (نقض د ، ٩٠ ، ١ ، ٢٦٤) ويعتبر المحال فى هذه الحلة كالدائن المعلق دينه على شرط موقف اذ يجوز له أن يتخذ الطرق التحفظية ،

كذلك يجوز للمحال عليه أن يدفع فى مواجهة المحال بكل الدفوع التى يجوز له أن يتمسك بها قبل المحيل . فاذا دفع المحال عليه الى المحيل الدين كان دفعه مبرئا له بالنسبة للمحال . واذا أصبح المحال عليه (المدين) دائنا للمحيل جاز له أن يتمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال . واذا أبرأه المحيل من الدين أو اذا صدر حكم فى صالحه جاز له أن يحتج بكل ذلك فى مواجهة المحال .

ويجوز لدائنى المحيل أن يعتبروا الدين باقياً فى ثروة المحيل وأن يوقعوا حجزاً تحت يد المحال عليه . واذا أفلس المحيل ترتفع يده عن الدين ويدخل ضمن أموال التفليسة . وكذلك الحال بالنسبة للمحيل غير التاجر فيظل الدين معتبراً ضمن أمواله التى يعتمد عليها الدائنون للوفاء .

وأخيراً يجوز للمحيل ان يتصرف مرة ثانية فى الدين ويحوله الى محال ثان وثالث ورابع وتكون العبرة فى هذه الحالة بتاريخ قبول المدين فالمحال الذى يكون قد حصل على رضاء المدين قبل غيره يفضل على بقية المحالين ويفضل المحال الذى اعلنت حوالته قبل غيره من المحالين . واذا اعلن المحال عليه بحوالتين فى يوم واحد عن دين واحد وكانت ساعة الاعلان مبينة فى ورقتى الاعلان فضلت الحوالة السابقة على الحوالة اللاحقة .

(٢) الزمن اللاحق لقبول الحوالة . بمجرد قبول المدين الحوالة يصبح المحال دائناً ويستطيع مقاضاة المدين . ولا يستطيع المدين التمسك على المحال بالدفوع التى له قبل المحيل السابقة عل الرضا كما أن المحيل لا يملك التصرف

مرة ثانية فى الدين بطريق الحوالة. كذلك دائنو المحيل لا يجوز لهم توقيع الحجز على المحال به (الدين) وإذا كان المحال عليه دائناً للمحيل فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال لأن قبوله الحوالة يعتبر تنازلا عن التمسك بالمقاصة وأنه ما زال مديناً . على أن المدين يجوز له ان يقيد قبوله فيحفظ لنفسه الحق فى التمسك بالمقاصة الجزئية اذا كان دفع جزءاً من الدين الى المحيل

القانون المختلط . تنتج الحوالة أثرها بمجرد تراضى المحيل والمحال وتعتبر بيعاً تاماً . فاذا تصرف المحيل بعد ذلك فى الدين وكانت الحوالة لم تعلن جاز للمحال الرجوع على المحيل بالضمان .

٢٠٥ — فى الضمان . يضمن المحيل وجود الدين فى وقت حصول الحوالة أى أنه يضمن لزوم الدين فى ذمة المحال عليه وأنه واجب على المحال عليه وجوباً قانونياً . وتقول المادة ٣٥١/٤٣٩ م « لا يضمن البائع للمشترى إلا وجود الحق فى المبيع فى وقت البيع » ولا يضمن المحيل يسر المدين مادام الحق ثابتاً وموجوداً فى ذمة المدين وقت الحوالة . وفى هذا تقول المادة ٣٥٢/ ٤٤٠ مدنى « لا يضمن المحيل يسار المدين فى الحال ولا فى الاستقبال الا اذا وجد شرط صريح لكل من الحالتين المذكورتين » ويقع ضمان المحيل فى ثلاث حالات : —

(١) اذا كان الحق غير موجود وتعتبر الحوالة باطلة لانعدام موضوعها والضمان قاصر على الثمن والمصاريف أى الثمن الذى دفعه المحال للمحيل وفى هذا تقول المادة ٣٥١/ ٤٣٩ م « لا يضمن البائع للمشترى الا وجود الحق المبيع فى وقت البيع وضمانته تكون قاصرة على ثمن المبيع والمصاريف » وتشمل المصاريف مصاريف الحوالة ومصاريف دعوى المحال على المحال عليه ومصاريف دعوى الضمان .

ويلاحظ أن اشتراط القانون الأهلى رضاء المدين لانعقاد الحوالة تجعل دعوى الضمان نادرة الوقوع لأن قبول المدين للحوالة اعتراف بوجود

الدين وهو ما يمنع رجوع المحال على المحيل إلا فى أحوال نادرة الحصول كأن يتم قبول المحال عليه بطريق الاكراه .

(٢) اذا سقط الحق بدفع كالاكراه .

(٣) إذا كان الحق مملوكا لغير المحيل . وفى هذه الحالة يكون المحيل بائعاً لملك الغير .

ويشمل الضمان الحقوق التبعية كالرهن والكفالة ولو لم ينص عليها فى عقد الحوالة . ولا يضمن المحيل الا وجود هذه التأمينات فاذا تبين أن الكفيل معسر أو أن العقار مرهون لايفى بالدين فلا مسئولية على المحيل لأنه لا يضمن يسار الكفيل أو كفاية المرهون لوفاء الدين الا اذا اتفق على ذلك فى العقد

٢٠٦ — **عدم الضمان اذا كانت الحوالة بلا عوض** . يسقط الضمان عن المحيل اذا كانت الحوالة بلا عوض لأن الضمان يقتضى وجود المقابل والمحال لم يدفع شيئا الى المحيل . لكن المحيل يضمن اذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيما .

٢٠٧ — **الاتفاق على رفع الضمان** . يجوز أن يتفق العاقدان على حصول الحوالة بلا ضمان وفى هذه الحالة لايسأل المحيل عن التعويضات التى يستحقها المحال بسبب عدم وجود الحق لكنه يلزم برد الثمن والمصاريف الا إذا كان شرط عدم الضمان شاملا لذلك (راجع م ٣٠٢/٢٨٦ مدنى) كذلك شرط عدم الضمان لايخلى المحيل من ضمان فعله الشخصى كما لو أبرأ المحال عليه أو حول الدين مرتين لزمه الضمان ولو اشترط على المحال أنه غير ضامن لوجود الدين .

وقد يزول الضمان بحكم القانون اذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو مجرد حق فلا يكون مسئولاً عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق (٣٥٣/٤٤٤ م) ويجوز للمدين ان يتخلص من الدين بدفعه للمشترى الثمن الحقيقى الذى اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة (م ٣٥٤/٤٤٢م) .

٢٠٨ — **ضماد يسر المدين** . يجوز الاتفاق على ان يضمن المحيل يسر المدين فى الحال او فى الاستقبال . واذا ضمن المحيل يسر المدين فيجب على المحال أن يطالب اولا المحال عليه حتى اذا ثبت اعساره طالب المحيل (حق التجريد)

وضمان يسر المدين لايكون الا بمقدار الثمن الذى قبضه المحيل والمصاريف ولكنه لايدفع الفرق بين الثمن وبين قيمة الدين الاسمية (م ٣٥١ / ٤٣٩ م) .

الباب السادس

التعهدات المركبة (التعهدات المتعددة المحال أو الأشخاص)

الفصل الاول — فى التعهدات التخييرية والبدلية

الفرع الاول — فى التعهدات التخييرية

٢٠٩ — تعريف . التعهد التخييرى هو الذى يكون فيه محل التعهد متعدداً فتبرأ ذمة المدين بالوفاء بواحد منها . ويجوز أن يكون محل التعهد شيئاً أو فعلا أو الاثنين معاً (obligations alternative) .

٢١٠ — فى الخيار . القاعدة أن الخيار للمتعهد الا اذا وجد نص صريح فى التعهد يقضى بخلاف ذلك . وفى هذا تقول المادة ٩٦ / ١٥٠ م « اذا كان التعهد بعمل أحد شيئين فأكثر فالخيار للمتعهد الا اذا وجد نص صريح فى التعهد أو فى القانون يقضى بخلاف ذلك » واذا كان الخيار للمدين فلا يجوز له أن يفى بجزء من كل ما تعهد به لأن الوفاء يجب أن يكون على الوجه المتفق عليه (م ١٦٨ / ٢٣٢) والخيار يكون للمتعهد له بحكم القانون فى الحالة التى أشارت اليها المادة ١٦٨ / ١٤٢ التى تقول « اذا كان التعهد بشىء معين مقرر حكمه فى القانون أو متفق عليه بين المتعاقدين بأن يكون جزاء للمتعهد عند عدم وفائه بشىء متعهد به فى الأصل كان الخيار للمتعهد اليه فى طلب وفاء التعهد الأصلى أو التعهد الجزائى بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً » كما لو تعهد شخص بأن يقوم بعمل معين أو بدفع جزاء فالخيار للمتعهد له فى طلب الوفاء أو الجزاء حسبما يرى .

واذا توفى من له حق الخيار انتقل هذا الحق الى ورثته ويجب فى هذه الحالة أن يتفق الورثة فيما بينهم على الكيفية التى يختارون بها وفاء التعهد . فاذا لم يتفقوا جاز للطرف الآخر أن يرفع الأمر الى القضاء ليحدد ميعاداً للورثة فاذا انقضى هذا الميعاد دون أن يختاروا انتقل هذا الحق للمحكمة التى يكون لها الخيار .

٢١١ — **فى انتقال الملكية** . اذا كان موضوع التعهد اعطاء احد شيئين فلا تنتقل الملكية ما دام المدين لم يظهر خياره . وذلك لأن موضوع التعهد لم يتعين بعد . ويشابه التعهد التخييرى البيع المعين نوعه فقط من حيث انتقال الملكية فالقانون يقضى فى المادة ٢٦٨ / ٣٣٨ « بأنه لا تنتقل ملكية المبيع المعين نوعه فقط الا بتسليمه للمشترى » وتسرى هذه المادة على التعهدات التخييرية

ولكن هل تنتقل الملكية من يوم التعاقد ؟ هذه مسألة اختلف فيها الشراح . اذ يرى البعض أن الملكية تنتقل من اليوم الذى يقع فيه الخيار لأن التعهد التخييرى لا ينقل الملكية ولكنه يعطى الى الدائن حقاً شخصياً قبل المدين . أما انتقال الملكية فلا يكون الا منذ حصول الخيار . بينما يرى البعض الآخر أن الملكية تنتقل من يوم التعاقد أى أن الخيار له اثر رجعى. وذلك لأن مركز الدائن لم يتغير بسبب كون التعهد تخييرياً فاذا تعهد المدين بأن يختار الوفاء بأحد شيئين (ا) او (ب) فهو يتحمل فى الواقع تعهداً معلقاً على شرط اى انه يتعهد بتسليم (ا) بشرط ان يكون له الخيار فى ان يفى بالشىء الآخر (ب) فاذا تحقق الشرط سرى اثره على الماضى عملا بالمادة ١٠٥/١٥٩ التى تقول « اذا تم الشرط بوقوع الأمر المعلق عليه وجود التعهد او بطلانه فيعتبر المتعهد به والحقوق اللاحقة له مستحقة او لاغية من وقت الاتفاق على ذلك الشرط » . ويجوز ايضاً الاعتماد على المادة ٩١/١٤٥م للقول بانتقال الملكية منذ التعاقد .

ويترتب على انتقال الملكية منذ التعاقد النتائج الآتية : —

(١) اذا كان المتعهد له الخيار بين تسليم (ا) أو (ب) للمتعهد له ثم باع (ا) الى آخر واستعمل المتعهد حق الخيار واختار الوفاء بـ (ا) فيستطيع المتعهد له أن يسترد العين (ا) من المشترى الجديد لأن المتعهد له يعتبر مالكا منذ التعاقد . على أن المشترى الجديد يستطيع أن يدفع دعوى المتعهد له بقاعدة « الحيازة مستند الملكية » واذا كانت العين عقاراً فيجوز للمشترى الجديد أن يدفع دعوى المتعهد له بعدم تسجيله مستنده عملا بالمادة ٧٣٧/٦١١ مدنى.

(٢) إذا أفلس المتعهد جاز للمتعهد له أن يسترد الشيء الذى وقع عليه خيار المتعهد وبذلك لا يستولى على نصيب كبقية الدائنين .

٢١٢ — فيما يترتب على استحالة تنفيذ أحد الامرين . اذا صارت احدى الكيفيات المعينة للتنفيذ غير ممكن الحصول عليها فيكون التنفيذ قاصراً على الكيفية الممكن تنفيذ التعهد بها (م ٩٧ / ١٥١ مدنى) .

واذا كان الخيار للمتعهد له وصار طريق من طرق الوفاء غير ممكن بتقصير المتعهد فللمتعهد له الخيار بين طلب الوفاء بالطريق الممكن وبين طلب التعويض المترتب على عدم الوفاء بالطريق الممكن (م ٩٩ / ١٥٣ مدنى) .

وأخيراً إذا صار الطريقان المعينان للوفاء غير ممكنين بتقصير المتعهد ، فيبقى حق الخيار للمتعهد له بين التعويضين المعينين لعدم الوفاء (١٠٠/١٥٤)

الفرع الثانى — فى التعهدات البدلية [١]

٢١٣ — تعريف . التعهد البدلى هو ما يكون موضوعه أمراً واحداً لكن يجوز للمتعهد أن يبرىء ذمته بالوفاء بأمر آخر معين بدلا من الاول .

ولم يشر القانون إلى التعهدات البدلية مع ما لها من الفوائد العملية التى

( ) obligations facultatives

تزيد على فوائد التعهدات التخييرية التى خصص لها القانون المدنى خمس مواد.

٢١٤ — **فى الفرق بين التعهدات البدلية والتعهدات التخييرية** . التعهد البدلى موضوعه واحد . والامر الذى يجوز للمتعهد الوفاء به بطريق البدل هو طريقة لبراءة الذمة وليس وفاء للتعهد ، أما فى التعهد التخييرى فالاشياء المتعددة كلها واجبة الاداء كل واحد منها داخل فى التعهد ولكنه لا يدخل فى التعهد الا عند اختياره وقت الوفاء . وقد كان القانون الرومانى يقضى بأن العبد اذا أحدث ضرراً بخطئه للغير جاز مطالبة مالكه بتعويض الضرر فاذا ثبتت مسئولية المالك جاز له بدلا من دفع التعويض أن يسلم العبد الى المدعى . وتوجد فى القوانين المصرية أمثلة على التعهدات البدلية :

(١) اذا هلك العقار المرهون على الدين او حصل فيه خلل بحادثة قهرية أوجبت الشك فى كفايته للتأمين وجب على المدين ان يؤدى الدين قبل حلوله ولكنه يستطيع أن يبرىء نفسه من هذا الالتزام بأن يرهن عقاراً غيره كافياً للتأمين (م ٥٦٢ / ٦٩٦ ، ٧٩٧ مدنى) .

(٢) تعهد الحائز لعقار مرهون يعتبر بدليـاً لأنه يجب عليه أن يخلى العقار المرهون ان لم يختر دفع الدين ويحل محل الدائن فى حقوقه أو أن يعرض لوفاء الديون مبلغاً يقدر به قيمة العقار بشرط أن يكون أقل من الباقى فى ذمته من ثمنه (م ٥٧٤ ، ٥٧٥ / ٦٨٦ مدنى) .

(٣) إذا عرض الحامل الكمبيالة على المسحوب عليه لأجل أن يقبلها ورفض قبولها وجب عليه أن يثبت عدم قبوله ببروتستو عدم القبول ومتى أعلن البروتستو إلى المظهرين والساحب وجب عليهم أن يقدموا كفيلا ضامناً ان لم يختاروا الوفاء حالا (م ١٢٠ / ١٢٥ تجارى) .

٢١٥ — **فى الفوائد العملية المترتبة على التفرقة بين التعهدات التخييرية والبدلية :**

(١) صفة التعهد التخييرى لا تتعين إلا فى وقت الخيار . فاذا كان أحد الشيئين الجائز الوفاء بهما منقولا والثانى عقاراً فلا يمكن وصف التعهد بأنه متعلق بعقار أو بمنقول إلا فى وقت الخيار. أما التعهد البدلى فصفته تتعين فى يوم التعهد . والذى يعين هذه الصفة هو موضوع التعهد البدلى الذى يعتبر أمراً عارضاً .

(٢) يترتب على هلاك موضوع التعهد الأصلى بدون خطأ المدين وقبل أن يثبت تقصيره انقضاء التعهد البدلى لانعدام موضوعه . أما فى التعهد التخييرى فهلاك أحد الأمرين لا يترتب عليه الانقضاء ولكنه يضيق مجال الخيار بالنسبة للتعهد ويجعله تعهداً بسيطاً .

(٣) فى التعهد التخييرى إذا كان أحد الأمرين غير مشروع أو مستحيل الوفاء بقى التعهد قائماً بالنسبة للأمر الآخر وقل فقط الخيار او انعدم . أما فى التعهد البدلى فاذا كان موضوع التعهد محرماً أو مستحيلا انعدم التعهد كلية لأن البدل غير واجب فى ذاته بل بصفة تبعية . والفرع يتبع الأصل وجوداً وعدماً .

(٤) اذا كان التعهد بدلياً فلا يجوز للمتعهد له أن يطلب شيئاً خلاف موضوع التعهد ويجب على المحكمة أن تقضى على المتعهد بوفائه لكن للمتعهد بعد صدور الحكم الحق فى أن يعرض البدل للوفاء اذا أراد (د ، ٩٢ ، ٢ ، ٥٤٩)

أما فى التعهد التخييرى فاذا كان الخيار للمتعهد فيجب على المتعهد له أن يطلب الوفاء بأحد الأمرين ولا يجوز له أن يطلب واحداً منهما لأنه يكون فى هذه الحالة أعطى لنفسه حق الخيار مع أن الفرض أن هذا الحق مملوك للمتعهد .

الفصل الثانى

فى التعهدات المنقسمة والتضامنية

٢١٦ — **تقسيم** . قد يكون التعهد بسيطاً وهو الذى يقوم بين دائن واحد ومدين واحد . ولكن يحدث كثيراً أن يتعدد الدائنون والمدينون . وهذا التعدد لا يحصل دائماً وقت انعقاد التعهد بل قد يكون لاحقاً له بسبب طارئ فقد يخلف الدائن أو المدين عدة أشخاص يقومون مقامه كما هو الحال فى الوفاة . وعند تعدد الدائنين أو المدينين يسمى التعهد مشتركا أو منقسما . وأخيراً قد يكون التعهد تضامنياً .

الفرع الأول — فى التعهدات المشتركة أو المنقسمة

٢١٧ — **القاعدة** . اذا تعدد الدائنون أو المدينون فالقاعدة أن يقسم التعهد الى أجزاء بقدر عدد الدائنين أو المدينين . وليست هذه القاعدة واردة فى القانون المدنى ولكنها مستفادة من المادة ١٠٨ / ١٦٢ التى تقضى بأنه لا يلزم كل واحد من المتعهدين بوفاء جميع المتعهد به الا اذا اشترط تضامنهم لبعضهم فى العقد أو اذا أوجبه القانون

٢١٨ — **فى كيفية التقسيم** . يحصل التقسيم بعدد الرؤوس أى بأجزاء متساوية . فاذا اشترى اثنان شيئاً فيلزم كل واحد منهما بنصف الثمن . ولكن يجوز أن يتفقا على خلاف ذلك فيعظم أو يقل نصيب كل واحد من المتعاقدين وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً . واذا توفى الدائن أو المدين عن ورثة تقدر حصة كل وارث حسب نصيبه الشرعى فى الميراث .

٢١٩ — **فى الآثار المترتبة على تجزئة التعهد** . تجزئة التعهد تزيل وحدته الأصلية فيصبح كل دين مستقلا عن الآخر (١) فلا يلتزم كل

مدين الا بنصيبه ولا يطالب كل دائن الا بنصيبه . فاذا أعسر أحد المدينين فلا يسأل بقية المدينين عن اعساره ويتحمل الدائن وحده الخسارة (٢) واذا ثبت تقصير أحد المدينين فهو وحده الذى يتحمل نتيجة تقصيره ولا يتعدى أثره إلى بقية المدينين (٣) واذا وقف سريان التقادم بالنسبة لأحد الدائنين أو انقطع بالنسبة لأحد المدينين فيستفيد الأول ويضار الثانى ولكن التقادم يسرى لصالح أو ضد من عداهم

وإذا كانت القاعدة العامة تجزئة التعهدات فهذه التجزئة تمتنع بسببين وهما التضامن وعدم الانقسام .

الفرع الثانى — فى التعهدات التضامنية

٢٢٠ — عموميات . التضامن هو حالة خاصة بالتعهدات تمنع تجزئة التعهد بين الدائنين أو المدينين . وتضامن الدائنين يسمى « التضامن الموجب solidarité active وتضامن المدينين « التضامن السلبى solidarité passive » والتضامن فى كلتا الحالتين فى فائدة الدائن إذ بمقتضاه يتيسر له قبض كل ما فى ذمة المدين مع وجود دائنين آخرين أو مدينين متعددين . ويكون التضامن إتفاقياً أو قانونياً اى بحكم القانون . والتضامن من أهم المسائل المتعلقة بنظرية التعهدات وقد عنى به المشرعون من عهد الرومان إلى الآن ودقق الشراح فى بحثه وعنيت المحاكم بتمحيصه .

المبحث الأول — فى تضامن الدائنين

٢٢١ — تعريف . أشارت المدة ١٠٧ / ١٦١م الى تضامن الدائنين فقالت « إذا تضمن التعهد التفويض من كل من المتعهد لهم للباقى فى استيفاء الشيء المتعهد به يكون كل منهم قائماً مقام الباقى فى ذلك وفى هذه الحالة تتبع القواعد المتعلقة بأحوال التوكيل »

وتضامن الدائنين نادر الحصول في المسائل المدنيـــة والسبب في ذلك هو أن تعدد الدائنين يعرضهم لخطر إعسار أو سوء نية الدائنين اذا تعجل أحدهم باقي الدائنين واستولى على كل الدين . وهو من جهة أخرى عديم الجدوى لأنه إذا لزم الحال أن يحصل الوفاء لأحد الدائنين فني استطاعتهم أن يوكلوا أحدهم في القبض عند حلول الأجل .

على أنه توجد حالات عمليـة لتضامن الدائنين كما لو كانوا أصلا مدينين متضامنين ثم طرأ ظرف جعلهم دائنين فيظلون في هذه الحالة متضامنين مثال ذلك باع شخصان عقاراً غير قابل للتجزئة ثم طلبا فسخ البيع لعدم دفع الثمن

٢٢٢ — **مصادره** . تضامن الدائنين يكون نتيجة اتفـاق ولا يكون بحكم القانون

٢٢٣ — **الغرض من التضامن** . الغرض من تضامن الدائنين تمكين كل واحد من الحصول على كل الدين . والوفاء الذي يحصل الى أحد الدائنين يبرئ المدين قبل كل الدائنين

٢٢٤ — **لمن يحصل الوفاء** . يجوز للمدين أن يوفي الى من يختاره من الدائنين . ولكن إذا رفع أحد الدائنين دعوى على المدين فهل يجوز له أن يوفي الى دائن آخر : أجاب القانون الفرنسي (م ١١٩٨ مدني) بالسلب . أما القانون المصري فلم يتعرض لهذه الحالة ولم تعرض حالة ممـــاثلة أمام المحاكم المصرية

٢٢٥ — **في علاقات الدائنين المتضامنين** . ليس الدائن المتضامن حراً في التصرف في كل الدين كما يشـاء . وكل ما في الأمر أنه موكل من بقية الدائنين في المحافظة على الدين وفي قبض ما يزيد على حصته فيه . ولا يجوز له أن يعمل عملا من شأنه الاضرار ببقية الدائنين

قلنا أن كل دائن له حق المحافظة على الدين ويترتب على ذلك ما يأتى :ـــ

(١) يجوز لكل دائن أن يقبض كل الدين ويحرر مخالصة الى المدين

(٢) إذا أثبت أحد الدائنين تقصير المدين فيستفيد من هذا الاجراء باقى الدائنين .

(٣) إذا وجبت فوائد التـأخير بفعل احد الدائنين فتسرى بالنسبة لكل الدائنين

(٤) اذا انقطع مضى المدة بفعل أحد الدائنين استفاد كل الدائنين ولكن وقوف سريان المدة بسبب عدم الأهلية لا يستفيد منه إلا الدائن الذى بسببه وقفت المدة .

ويترتب على أن وكالة الدائن غير مطلقة ما يأتى :ـــ

(١) لا يجوز لأحد الدائنين أن يجدد الدين أو يبرىء المدين من كل الدين دون أجازة بقية الدائنين فاذا جدد الدين أو ابرىء المدين بقى التعهد القديم قائماً بالنسبة لبقية الدائنين بقدر نصيبهم . ويكون التجديد أو الابراء صحيحاً بالنسبة لنصيب الدائن الذى أجازه .

(٢) إذا وجه الدائن اليمين الحاسمة الى المدين وحلف أن ذمته بريئة من الدين فلا تبرأ ذمة المدين إلا بنسبة نصيب الدائن الذى وجه اليمين ولا يمكن الاحتجاج بهذا اليمين على بقية الدائنين .

وإذا رفع أحد الدائنين دعوى على المدين وصدر الحكم لمصلحة الدائن استفاد بقية الدائنين . ولكن ما هو الحال لو أن الحكم صدر لغير مصلحة الدائن ؟ هل يسرى على بقية الدائنين ؟ اختلفت الآراء (أوبرى ورو ج ٤ ص ٣٤).

المبحث الثانى — فى تضامن المدينين

م ١٨٠—١١٦/١٦٢ - ١٧٢ م

٢٢٦ — تعريف . تعهد المدينين بالتضامن أو التضامن السلبى هو الذى يعتبر كل مدين بمقتضاه ملزماً بالنسبة للدائن بكل الدين كما لو كان مديناً واحداً .

٢٢٧ — مصادر التضامن . تضامن المدينين إما أن يكون حاصلا باتفاق العاقدين أو بحكم القانون وبعباره أخرى التضامن إما أن يكون اتفاقياً أو قانونياً .

(١) التضامن الاتفاقى . وهو يحصل باتفاق المتعاقدين ويثبت عادة فى صك التعهد . ولما كان التضامن حالة استثنائية وكان الأصل فى التعهد هو تجزئته على المتعهدين لذلك يجب أن يكون التضامن صريحاً فى العقد ولا يجوز استنتاجه من التعهد أو افتراض وجوده إن لم يكن منصوصاً عنه صراحة ومعنى ذلك أن التضامن يعتبر غير موجود فى حالة الشك لأن الشك يفسر دائماً لمصلحة المتعهد (م ١٠٨/١٦٢ مدنى) .

وحكم بأنه إذا تعهد عدة أشخاص كل منهم تعهداً مستقلا بدفع دين واحد لدائن واحد ولو كانت تلك التعهدات فى أزمنة متعاقبة كان كل المتعهدين مسئولين بذلك الدين بطريق التضامن بينهم (مصر ١٦ مايو سنة ١٩١١ ٢٧ ص ٤٥) .

واذا تعهد عدة اشخاص، فى أزمنة متعاقبة ، بدفع دين واحد لدائن واحد ، كان كل متعهد منهم مسئولا عن الدين بطريق التضامن .

ولا يشترط استعمال صيغة خاصة فتكفى أية صيغة تؤدى معنى التضامن مثل التعهد بدفع الدين بأكمله أو « ندفع بدون احالة بعضنا على بعض » .

واثبات التضامن خاضع للطرق العامة للاثبات . فاذا كان التعهد بأقل

من عشرة جنيهات جاز اثبات التضامن بالبينة .

(٢) التضامن القانونى . يقضى القانون بتضامن المدينين فى أحوال كثيرة ترجع الى قاعدتين .

أولا : يقضى القانون بالتضامن تفسيراً لنية المتعاقدين فى الأحوال الآتية

ا — الشركاء المتضامنين فى شركات التضامن والتوصية مسئولون بالتضامن عن تعهدات الشركة ولو حصل التوقيع من أحد هؤلاء الشركاء فقط بشرط أن يكون وقع باسم الشركة (م ٢٢و٣٣/٢٢و٢٣ تجارى) .

ب — كل من أمضى او قبل او ظهر كمبيالة او سنداً اذنياً تجارياً يكون مسئولا بالتضامن قبل حامل الكمبيالة (م ١٣٧/١٤٤ تجارى) .

ثانياً : يقضى القانون بتضامن المدينين جزاء لهم عن خطأ او جريمة ارتكبوها بالاشتراك وانه بسبب هذا الخطأ أو الجريمة يجب ان يتحمل كل فاعل او شريك بالتعويض قبل الدائن أو المجنى عليه . وهذه الأحوال هى :

ا — المهندس المعمارى والمقاول مسئولان بالتضامن عن خلل البناء مدة عشر سنين ولو كان ناشئاً عن عيب الأرض أو كان المالك أذن فى انشاء ابنية معيبة بشرط ان لا يكون البناء فى هذه الحالة الأخيرة معداً فى قصد المتعاقدين لأن يمكث اقل من عشرة سنين (٤٠٩/٥٠٠ مدنى) .

ب — إذا حكم على جملة متهمين بحكم واحد لجريمة واحدة فاعلين كانوا او شركاء يلزمون بالتضامن بالغرامات النسبية (م ٤٤ عقوبات) مالم يقض الحكم بخلاف ذلك . ويجوز الحكم عليهم بالمصاريف متضامنين او توزيعها بينهم (م ٢٥٣ تحقيق جنايات) .

حـ — تقضى المادة ١٥٠/٢١١ م بالتضامن فى الالتزامات الناشئة عن الأحوال الآتية : —

كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر وكذلك يلزم الانسان بضرر الغير الناشىء عن اهمال من هم تحت رعايته أو

عدم الدقة والانتباه منهم أو عدم ملاحظته إياهم .

يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشىء للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم فى حال تأدية وظائفهم .

وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستعمله بالضرر الناشىء عن الحيوان المذكور سواء كان فى حيازته أو تسرب منه (م ١٥١ — ١٥٣/٢١٢ — ٢١٥ مدنى) .

ى — تقضى المادة ٤٤٩/٦٠٩ م بأن « الكفالة التى تؤخذ بالمحاكم أو بناء على حكم تستلزم التضامن حتما مع كفالة الفوائد والمصاريف والملحقات » .

هـ — لائحة الجمارك فى مسائل التهريب نصت على التضامن (اللائحة الجمركية المؤرخة ١٣ مارس ١٩٠٩ م ٣٤ و ٣٦) .

و — قانون ١٣ مارس سنة ١٨٨٤ بالنسبة لعوائد المبانى حيث تقضى المادة ٢٦ من هذا القانون « يكون المستأجر وصاحب الملك متضامنين فى تأدية العوائد المطلوبة للحكومة لحد قيمة الأجرة المستحقة » .

وتطبيقاً لهذه القواعد قضت المحاكم بالتضامن فى الأحوال الآتية :

ا — اذا استعمل عدة أشخاص بلا وجه حق عقاراً مملوكا للغير لمصلحتهم المشتركة (سم ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ تق ج ٢٥ ، ٢٠٨) .

ب — اذا وقعت حائط مملوكة بالاشتراك وترتب على سقوطها هدم منزل مجاور لها (سم ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ تق ١٥ ، ١١١) .

حـ — اذا تواطأ عدة أشخاص على ارتكاب أمر ضار بالغير (سم ١١ ابريل سنة ١٩٠٦ تق ١٨ ، ١٨٩) كما لو صرح بائعو عقار بأنه خال من كل التكاليف والتسجيلات وتبين أنه مرهون (سم ١٧ مايو سـنة ١٩٠٥ تق ١٧ ، ٢٧٧) .

ى — اذا تعرض أكثر من واحد لأطيان وحكم عليهم بالتعويض (دمنهور جزئى أول ابريل سنة ١٨٩٣ ج ٨ ص ٨٤) .

٢٢٨ — **التضامن فى المسائل التجارية** . من المسائل الخلافية معرفة ما اذا كان التضامن جائزاً افتراض وجوده فى المسائل التجارية أم أن قواعد القانون المدنى تسرى فلا يجوز افتراض وجوده .

يرى فريق من الشراح أن التضامن يجب أن يكون مشروطا ولا يجوز افتراضه اعتماداً على الحجج الآتية : (١) من المبادىء المقررة فى القانون الفرنسى — وتبعاً المصرى — أن التضامن لا يكون إلا بنص .

(٢) ليس من المعقول أن ينص الشارع فى القانون التجارى على الأحوال التى يقع فيها التضامن اذا كان قصده أن يعتبر التضامن مفروضاً وجوده فى المسائل التجارية (لوران ج ١٧ رقم ٢٨٥) .

لكن معظم الشراح الفرنسيين يرى عكس ذلك استناداً على ما يأتى (١) يقضى العرف التجارى المتبع بين التجار منذ القدم وقبل وضع القانون التجارى بالتضامن فى المسائل التجارية (٢) اذا لم يبطل القانون العرف فيبقى هذا العرف معمولا به (ليون كان ج ٤ بند ٣٨ وتالير بند ١٠٥٤ وأوبرى ورو ج ١ بند ٢٣ ص ٧٥ وبودرى وبارد ج ٢ بند ١١٧٥ « تعهدات »)

وقد تردد القضاء الفرنسى بين هذين الرأيين وفصلت محكمة النقض الفرنسية فى هذا الموضوع فقضت بأن التضامن فى المسائل التجارية موجود بحكم القانون (٢٠ اكتوبر سنة ١٩٢٠ د . ١٩٢٠ ، ١ ، ١٦١)

اما فى مصر فالأحكام متناقضة فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمين بأن التضامن فى المسائل المدنية والتجارية لا يكون إلا بنص القانون او بالاتفاق (سم ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ تق ١٥ ، ١٠٦ و ١١ يناير سنة ١٩٢٢ تق ٣٤ ، ١٠٩) وحكم من جهة اخرى بأن التضامن مفروض وجوده فى الأمور التجارية (سم ١٠ يونيه سنة ١٩٠٣ تق ١٥ ، ٢٤٢)

٢٢٩ — **فى خصائص التعهد التضامنى** . يتميز التعهد التضامنى بالخصائص الآتية : —

(١) وحدة موضوع التعهد وتعدد المتعهدين : يتميز التعهد التضامنى بأن كل المدينين يتعهدون بشىء واحد ، ووحدة موضوع التعهد أى تطابقه لا تمنع من وجود علاقات قانونية منفصلة بين الدائن والمدينين المتضامنين فيتعهد عدة مدينين لدائن بشىء واحد ولكن تعهد كل مدين يعتبر لحد ما مستقلا عن تعهد بقية المدينين .

(٢) انفصال تعهدات المدينين . يعتبر تعهد كل مدين قائماً بذاته. يترتب على ذلك :

أولا : تعتبر صحة التعهد بالنسبة لكل مدين على انفراد. فيجوز أن يكون تعهد أحدهم بسبب الغش أو الصغر دون أن يؤثر هذا البطلان فى التزامات بقية المدينين .

ثانياً : يجوز أن يكون تعهد أحد المدينين مضافاً الى أجل أو معلقاً على شرط بينما يكون تعهد بقية المدينين منجزاً . وفى هذا تقول المادة ١٦٥/١٠٩ مدنى « يجوز للدائن أن يجمع كل مدينيه المتضامنين فى مطالبتهم بدينه أو يطالبهم به منفردين ما لم يكن دين بعض المدينين المذكورين مؤجلا لأجل معلوم أو معلقاً على شرط » . لذلك لا يشترط فى التعهد التضامنى أن يكون الأجل أو الشرط مشتركا .

ثالثاً : يجوز اقالة أحد المدينين من التعهد مع بقاء تعهد بقية المدينين فيجوز أن ينقضى أحد التعهدات مع بقاء ما عداه .

(٣) تجزئة التعهد التضامنى : لا يصير التعهد بسبب التضامن غير قابل للتجزئة فهو يحتمل التجزئة بسبب وفاة المدين عن ورثة ولا يسأل الوارث عن كل الدين بل عن حصته فى الدين حسب نصيبه فى تركة مورثه ولا يجوز للدائن أن يطالب أحد الورثة بوفاء الدين بأكمله بل يجب عليه أن يدعوهم جميعاً لوفاء الدين من تركة مورثهم . كذلك لا تعتبر الورثة متضامنين فيما

بينهم . واذا طولب أحدهم بجزء من الدين فلا ينقطع سريان المدة إلا بالنسبة لهذا الجزء فقط .

والخلاصة أن التضامن عند انعقاده يمنع تجزئة الدين ولكن يجوز أن يتجزأ التعهد التضامنى بسبب أمور لاحقة له .

٢٣٠ — **فى آثار التضامن بين الدائن والمدينين** . يحدث التضامن أثرين الأول وهو الغرض الأصلى من التضامن منع تجزئة الدين والتزام المدين بكل الدين . والأثر الثانى نيابة كل مدين عن الآخرين .

٢٣١ — **الاثر الاول الالتزام بكل الدين** . يلزم كل مدين بالدين بأكمله فاذا طالب الدائن أحد المدينين بكل الدين كانت مطالبته صحيحة . والمدين المطالب بالدين لا يجوز له أن يتمسك بحقه فى تجزئة الدين bénéfice de division كما هو الحال عند تعدد الكفلاء (م ٥٠٤ / ٦١٥ مدنى)

جواز مطالبة المدينين على وجه التعاقب . اذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين ولم يحصل منه على كل الدين يجوز له أن يقاضى بقية المدينين بكل ما يبقى من التعهد . ووفاء أحد المدينين بكل الدين هو الذى يبرئهم من التعهد (م ١٠٩ / ١٦٥ مدنى)

حرية الدائن فى الاختيار . للدائن مطلق الحرية فى اختيار المدين الذى يريد أن يطالبه بالوفاء . فكل مدين يعتبر فى نظر الدائن مدينا أصلياً (مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٢ ج ٧ ص ٢٩٣) .

انقضاء التعهد بين الدائن وأحد المدينين . يجوز لكل مدين أن يعرض وفاء كل الدين على الدائن وبذلك يبرىء كل المدينين مع عدم الاخلال بحقه فى الرجوع على كل واحد منهم ، ومعلوم أن المتعهد به اذا كان عبارة عن مبلغ من النقود جاز وفاؤه من شخص أجنبى (م ١٦٠ / ٢٢٣ مدنى)

وليست هذه حالة خاصة بالتضامن . ولكن هناك طرقا أخرى للوفاء يقتضى الحال معالجتها باسهاب وهى :

(١) المقاصة : يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة عن كل الدين اذا كان دائنا لدائنه بما يكفى لانقضاء التعهد التضامنى . والوفاء بهذه الكيفية يبرىء بقية المدينين بالنسبة للدائن .

(٢) تجديد التعهد . يجوز لكل مدين متضامن أن يبرىء بقية المدينين بأن يلتزم بدلهم بالدين قبل الدائن . وذلك لأن المدين الذى يجدد التعهد بتغيير المدين لا يملك بمفرده الزام بقية المدينين بتعهد جديد دون ارادتهم . فاذا اكتفى الدائن بهذا التعهد الجديد ولم يطلب مصادقة بقية المدينين يعتبر قانعاً بالتعهد الانفرادى الذى حصل عليه من هذا المدين وأنه أبرأ الباقين .

(٣) اليمين . اذا وجه الدائن اليمين الى أحد المدينين بالتضامن وحلف أن الدائن لا يستحق شيئا ما استفاد بقية المدينين من هذا اليمين .

الابراء من الدين . اذا استطاع أحد المدينين أن يحمل الدائن على الابراء من كل الدين ساغ لغيره من المدينين التمسك بذلك، بشرط أن يكون الابراء صريحاً وعاماً لجميع المدينين . ولكن اذا كان الابراء جزئياً خاصاً بأحد المدينين فالدين ينقضى بقدر هذا الجزء ويجوز للدائن مطالبة الدائنين بالباقى فقط (م ١١٤ و ١٨٢ / ١٧٠ و ٢٤٥ مدنى) .

٢٣٢ — الاثر الثانى نيابة كل مدين عن بقية المدينين : ينتج التضامن بالنسبة لعلاقات الدائن مع المدين آثاراً ثانوية لا يمكن أن يقال بأنها نتيجة تحمل كل مدين بكل الدين ولكن يقال بأن هناك نيابة متبادلة بين المدينين من مقتضاها أن كل عمل يصدر من أحد المدينين فى مصلحتهم أو ضد مصلحتهم يسرى على كل المدينين كما لو كان صادراً منهم . من أجل ذلك قال القانون « يعتبر المتعهدون . . . وكلاء عن بعضهم بعضاً فى وفاء المتعهد به »

(١٠٨ / ١٦٣ مدنى) يترتب على ذلك ما يأتى : —

١ — انقطاع المدة : انقطاع المدة الحاصل بفعل الدائن بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين يسرى على كل المدينين (م ١١٠/ ١٦٦ مدنى) .

٢ — ثبوت تقصير أحد المدينين المتضامنين . اذا أثبت الدائن تقصير أحد المدينين سرى ذلك بالنسبة لبقية المدينين (م ١١٠ / ١٦٦ مدنى) .

فاذا كان موضوع التعهد شيئاً معيناً وهلك ولم يعد فى الاستطاعة تسليمه لسبب قوة قاهرة وقعت بعد ثبوت التقصير فلا تبرأ ذمة كل المدينين من مسئوليتهم التضامنية بدفع قيمة موضوع التعهد لأن كل المدينين يعتبرون فى حالة تقصير بسبب نيابة كل واحد منهم عن الباقين وكذلك الحال بالنسبة للفوائد القانونية .

٣ — الخطأ . اذا ارتكب أحد المدينين خطأ هلك بسببه موضوع التعهد التزم كل المدينين بدفع قيمته الى الدائن على وجه التضامن . ولكن المدين الذى وقع منه الخطأ يتحمل بمفرده بالتعويض . أما بقية المدينين فلا يلتزمون مع المدين بالتعويض ولا يتحملون شيئاً منه لأنهم لم يوكلوه لمضارتهم ولأنه « لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن ينفرد بفعل ما يوجب الزيادة على ما التزم به باقى المدينين (م ١١١ / ١٦٨ مدنى) ولا شك فى أن التزامهم بالتعويض يعتبر زيادة فى التزامهم .

٤ — الشرط الجزائى . اذا قدر مبلغ التعويض فى العقد فيعتبر جزءاً من التعهد يلتزم بوفائه على وجه التضامن كل المدينين حتى من لم يكن مقصراً منهم . وذلك لأن الشرط الجزئى يعتبر تابعاً للتعهد الأصلى فى حالة عدم وفائه . والمبلغ المقدر واجب بالتضامن على المدينين عند تحقق الشرط أى عدم نفاذ التعهد .

٥ — الحكم . اذا أقام الدائن دعوى على أحد المدينين المتضامنين وحكم على المدين جاز للدائن أن يتمسك بالحكم ضد كل المدينين حتى بالنسبة

لمن لم يكن خصما فى الدعوى وقد أخذ القضاء الفرنسى بهذه القاعدة الا اذا كان لأحد المدينين دفع شخصى فلا يكون الحكم حجة عليه أو اذا كان الحكم نتيجة تواطؤ بين الدائن والمدين أو اذا أهمل المدين التمسك بدفع يبرئ كل المدينين كالتقادم انما لا يسرى الحكم على باقى المدينين اذا كان من شأنه أن يزيد التزام المدينين (نقض فرنسى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨١ وأول ديسمبر سنة ١٨٨٥ وعكس ذلك أوبرى وروج ٤ بند ٢٩٨ ولوران ج ٢٠ بند ١٢٠).

٦ — الاستئناف . اذا أقام الدائن دعوى على كل المدينين المتضامنين وحكم عليهم فالاستئناف المرفوع من أحدهم يستفيد منه الباقون فيما لو رفع أحدهم استئنافا بعد الميعاد المحدد للاستئناف . وذهبت محكمة بنى سويف الى أن المدينين المتضامنين يستفيدون من الاستئناف الحاصل من أحدهم ولو لم يستأنفوا (بنى سويف ٢٠ يناير سنة ١٩٠٩ مجموعة رسمية ج ١٢ ص ٢٣٩)

٧ الصلح . وهو عقد ينهى نزاعا بين متخاصمين بأن يتنازل كل فريق منهم عن جزء من حقه . فاذا تصالح أحد المدينين مع الدائن فلا يسرى الصلح على باقى المدينين المتضامنين (م٥٣٨/٦٦٠مدنى) كما أنهم لا يستطيعون أن يحتجوا به على الدائن . انما يجوز للمدين المتصالح أن يتفق مع الدائن على أن يستفيد من الصلح باقى المدينين .

٢٣٣ — فى أوجه الدفع الجائز التمسك بها فى مواجهة الدائن . تقضى المادة ١١٢ /١٦٨ مدنى بأن لكل من المدينين المتضامنين الحق فى التمسك بأوجه الدفع الخاصة بشخصه وبالأوجه العامة لجميعهم .

٢٣٤ — فى أوجه الدفع العامة . وهى التى يجوز لكل مدين ان يتمسك بها فى مواجهة الدائن مثل :

(١) أسباب البطلان التى تؤثر فى التعهد بالنسبة لكل من المدينين . والبطلان إما أن يكون مطلقاً وهو ما كان متعلقاً بطبيعة التعهد كما لو كان

موضوعه أمراً محرماً أو مشروطاً لصحته اجراءات خاصة . واما أن يكون البطلان نسبياً كما لو كان نتيجة غش أو إكراه المدينين كلهم .

(٢) إذا كان التعهد مقترناً بشرط موقف أو مضافاً الى أجل فلا يجوز للدائن مطالبة أحد المدينين قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل

(٣) أسباب الانقضاء التي ينقضى بها الدين أو الابراء العام من الدين أو المقاصة الحاصلة عن الدين بين الدائنين وأحد المدينين أو هلاك موضوع التعهد أو سقوط الحق بمضى المدة أو تحقق شرط فاسخ للتعهد .

٢٣٥ — *فى أوجه الدفع الخاصة* : وهى التى تتعلق بشخص المدين ولا تتعدى الى غيره مثل :

(١) أسباب الفساد annulabilité كالاكراه والتدليس والغلط وعدم الأهلية الخاصة بواحد أو أكثر من المدينين

(٢) تعليق التعهد على شرط أو اقترانه بأجل بالنسبة لواحد أو أكثر من المدينين .

(٣) أسباب الانقضاء الخاصة بأحد المدينين كالأبراء الجزئى الخاص بنصيبه فى الدين .

٢٣٦ — *فى الآثار المترتبة على أوجه الدفع الخاصة* . يستطيع المدين الذى لديه وجهاً لدفع دعوى الدائن أن يتمسك به فى مواجهة الدائن ويكون فى مأمن من مطالبة الدائن . ولكن هل يستطيع بقية المدينين التمسك بهذا الدفع باسم المدين ؟ مثلا ثلاثة مدينين بالتضامن بمبلغ ٣٠٠ جنيه ؟ ولأحدهم دفع يبرئه فهل ينزل تعهد الباقين الى ٢٠٠ جنيه ؟ للاجابة على ذلك يجب التفرقة بين الدفوع الشخصية التى لا يستفيد منها باقى المدينين والدفوع الشخصية التى يستفيدون منها بصفة جزئية .

(١) الدفوع الشخصية التى يستفيد منها جزئياً باقى المدينين .

ا) ابراء أحد المدينين من حصته فى الدين . إذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه المتضامنين ساغ لغيره من المدينين التمسك بذلك بقدر حصة من حصل ابراء ذمته (م ١١٤ / ١٧٠ و١٨٢ / ٢٤٥ مدنى) .

ب) اتحاد الذمة . إذا توفى أحد المدينين المتضامنين وانحصر الميراث فى الدائن فلا ينقضى الدين إلا بقدر ما يخص مورثه من الدين . وتقول المادة ١١٣ / ١٦٩ « واذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين الضامنين لبعضهم بصفتى دائن ومدين فى آن واحد بدين واحد جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين » وتقول المادة ٢٠٣ / ٢٦٧ « اتحاد الذمة . . . لا يخلى المدينين المتضامنين الا بقدر ما يخص من اتحدت فيه الذمة من الدين » فاذا طالب الدائن أحد المدينين بكل الدين جاز له التمسك باتحاد الذمة بقدر الحصة التى تخص شريكهم فى الدين

(٢) أوجه الدفع الشخصية البحتة . وهى التى لا يستفيد منها غير من تعلقت بشخصه وهى كثيرة تشمل الشروط والآجال وأسباب البطلان الخاصة بأحد المدينين وبعض أسباب انقضاء التعهدات . فاذا كان التزام أحد المدينين مقترناً بشرط أو أجل جاز للمدين أن يدفع بهذا الدفع فى مواجهة باقى المدينين المتضامنين فضلا عن الدائن . وإذا كان التزامه معيباً بسبب عدم أهليته أو لعيب فى الرضا جاز أن يحتج بهذا الدفع على الدائن وعلى باقى المدينين المتضامنين . وينتج من ذلك أن الدائن يفقد أحد المدينين ويبقى التعهد نافذاً بتمامه بالنسبة لباقى المدينين الذين لم يشب تعاقدهم أى عيب فكل واحد منهم التزم التزاماً صحيحاً

وقد اعتبر القانون وجه الدفع المبنى على المقاصة من أوجه الدفع الشخصية التى لا يجوز لكل المدينين التمسك بها فى مواجهة الدائن مع ان المقاصة كما هو معلوم طريقة من طرق انقضاء التعهدات معادلة للوفاء . لكن المشرع

رأى أن لا يعتبر المقاصة فى حالة تعدد المدينين المتضامنين معادلة للوفاء ولتفصيل ذلك نقول :

عالج المشرع وجه الدفع المبنى على المقاصة فى المادة ١١٣/١٦٩ مفقال « لا يجوز لأحد المدينين المتضامنين لبعضهم فى الدين أن يحتج بالمقاصة الحاصلة لغيره من المدينين مع الدائن » والسبب الذى من اجله منع القانون المدينين من التمسك بالمقاصة الحاصلة لأحدهم هو رغبته فى حماية المدين المتضامن من الدعاوى التى تقام من باقى المدينين بوجود دين لشريكهم فى ذمة الدائن ومحاولتهم اثبات استجماع هذا الدين لشروط المقاصة والبحث والتنقيب فى شئون هذا الدين . ويمكن القول بأنه إذا أجيز لباقى المدينين التمسك بهذا الدفع لاستلزم ذلك التصريح لهم بالاطلاع على دفاتر وأوراق المدين للتحقق من وجود المدين ومن مقداره . وقد علل أوبرى ورو (ج ٤ . ص ٤٠) هذا الحظر فقالا « إذا اجيز للمدينين المتضامنين التمسك بالمقاصة الحاصلة له لاضطر هذا الأخير رغم ارادته وبدون فعل الدائن لاعتبارهم مدينين له (أى للمدين المتضامن) بالقدر الذى له الحق فى ان يرجع به عليهم وقد يضطر الى مقاضاتهم مع انه لا يجوز ان يملك احد المدينين وضع مدين متضامن معه فى مثل هذا المركز »[١]

فاذا كان سبب المنع من التمسك بالمقاصة هو عدم الزام المدين الحاصلة له المقاصة بالرجوع على باقى المدينين بما يزيد على حصته فى الدين فقد يكون من المعقول أن نصرح للمدينين المتضامنين أن يتمسكوا بالمقاصة فى مواجهة الدائن بقدر حصة المدين الحاصلة له المقاصة فى الدين . وهذا هو ما قضت به المادة ٢٩١/٢٦٥ حيث قالت « ولا يجوز لأحد المدينين المتضامنين أن يتمسك بالمقاصة المستحقة لباقى المدينين إلا بقدر حصتهم فى الدين » مثال

(١) المادة ٥٠٩/٦٢٢ تجيز للكفيل التمسك بالمقاصة الحاصلة للمكفول والسبب فى ذلك أن المكفول لا يرجع فى حالة انقضاء الدين على الكفيل بشىء

ذلك : احمد وبكر وزيد اقترضوا على وجه التضامن ٣٠٠ جنيه من خالد ثم أصبح بكر دائناً لخالد بمبلغ ٣٠٠ جنيه . فاذا رفع خالد دعوى على زيد يطالبه بكل المبلغ فلا يجوز لزيد ان يتمسك بالمقاصة الحاصلة لبكر عن كل الدين بل يتمسك فقط بالمقاصة عن نصيب بكر فى الدين أى ١٠٠ جنيه . والخلاصة أنه يجب قراءة المادتين ١١٣ و ٢١٠ سوياً أى أن المادة ٢١١ تعتبر مكملة للمادة ١١٣ .

ويعتبر من ضمن الدفوع الشخصية التى لا يجوز للمدينين المتضامنين التمسك بها افلاس أحدهم وتصالحه مع الدائن اذا اشتمل الصلح على ابراء جزئى من الدين . وللدائن الحق فى مطالبة شركاء المدين فى الدين بتمامه (٣٤٩/٣٥٩ تجارى) .

٢٣٧ — فى علاقات المدينين المتضامنين فيما بينهم . اذا كان كل المدينين المتضامنين ملزمين بدفع كل الدين فليس معنى ذلك أن الدين لا يجزأ فيما بينهم فى حالة قيام واحد منهم بالوفاء ، فالدين يقسم بين المدينين بالتساوى إلا اذا (١) تعين نصيب كل مدين فى العقد (٢) او تبين ان مصلحة المدينين غير متساوية (٣) او اذا كان أحد المدينين غير ملزم بشىء مافى الدين . ويكون المدين فى هذه الحالة فى علاقته مع باقى المدينين كالكفيل .

فى رجوع المدين الموفى . المدين الذى أوفى بأكثر من حصته فى الدين له حق الرجوع بالقـــدر الزائد على حصته على باقى المدينين . ويرجع المدين الموفى :

(١) بصفته وكيلا او فضولياً . فيرجع بصفته وكيلا اذا كان التضامن نتيجة عقد اختيارى مشروع (م ١٠٨/١٦٤ مدنى) ويرجع بصفته فضولياً فى جميع الأحوال الأخر وسـواء رجع الموفى بصفته وكيلا او فضولياً فالقواعد واحدة فى كلتا الحالتين فيجوز له ان يطلب بما يزيد على حصته فى الدين من اصل وفوائد ومصاريف ويجوز له ان يطالب بالفوائد ولو كانت

غير مشترطة او غير واجبة (م ٥٢٦/٦٤٧ مدنى) .

(٢) واما ان يرجع الموفى بصفته حالا محل الدائن (١٦٢ / ٢٢٥ مدنى) وتنتقل اليه التأمينات التى كانت للدين الأصلى . وبسبب التأمينات يكون للمدين الموفى مصلحة فى الرجوع بصفته حالا ليستفيد من هذه التأمينات عند اللزوم . اما رجوعه بصفته وكيلا او فضوليا فلا يمكنه من الاستفادة منها . ولكن اذا كان التعهد خالياً من الفوائد فالحلول لا يبيح للمدين الموفى الذى حل محل الدائن المطالبة بالفوائد إلا من يوم المطالبة الرسمية فى حين انه لو طالب بصفته وكيلا لاستحق الفوائد من يوم دفعها (م ٥٢٦/٦٤٧ مدنى) .

فى تجزئة الرجوع . وسواء طالب المدين الموفى بصفته وكيلا او فضولياً ام حالا فهو لا يستطيع مطالبة كل واحد من المدينين إلا بقدر حصته التى يجب ان يتحملها فى النهاية (م ١١٥ / ١٧١ مدنى) .

وقصر حق الرجوع على نصيب كل مدين سهل الادراك اذا طالب المدين بصفته وكيلا اوفضوليا لأن نيابته عن المدينين اوقيامه بعمل يجب ان لا يحملهم اكثر من القدر الذى التزم به كل واحد منهم فى الدين لذلك لا يكون رجوعه عليهم إلا بمقدار ما تعهدوا به فى الدين .

وقد يبدو اول وهلة ان المدين الذى يطالب بصفته حالا يستطيع بهذه الصفة ان يقهر من يختاره من المدينين على دفع كل الدين عملا بقواعد الحلول التى تعطى للحال كل الدعاوى والحقوق الخاصة بالدين الأصلى وان يكون للمدين الذى يرجع عليه الحق فى الرجوع على مدين آخر وهكذا دواليك فتنشأ سلسلة من دعاوى الرجوع تطول بتعدد المدينين المتضامنين وقد رأى القانون ان يضع حداً لهذه الحالة فألزم المدين الموفى من اول وهلة بتجزئة مطالبته للمدينين كل بقدر حصته فى الدين لذلك يعتبر حلول المدين المتضامن محل الدائن حلولا ناقصا لانه يحرمه من المطالبة على وجه التضامن .

فى توزيع حصة المدين المعسر . إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين وزعت حصته على جميع الموسرين . ويحصل التوزيع بنسبة حصة كل مدين فى الدين (م ١١٥ / ١٧١ مدنى) لا بعدد الرؤوس .

٢٣٨ — فى اسقاط التضامن . يجوز للدائن أن يتنازل عن التضامن ويصبح الدين مجزءاً بين المدينين ويفقد الدائن الفائدة من التضامن .

الاسقاط الجزئى . يجوز أن يتنازل الدائن عن التضامن بالنسبة لبعض المدينين وفى هذه الحالة لا يستطيع الدائن أن يطالب المدينين الذين أسقط عنهم التضامن إلا بمقدار نصيبهم فى الدين ولكن يجوز له مطالبة الباقين بكل الدين على وجه التضامن . انما اذا استوفى الدائن نصيب المدين الذى أسقط عنه التضامن فلا يجوز له مطالبة باقى المدينين إلا بقدر الباقى من الدين بعد خصم نصيب من أوفى .

فى مسئولية من أسقط عنه التضامن فى حالة اعسار أحد المدينين . يتحمل المدين الذى أسقط عنه التضامن نصيبه فى حصة المدين المعسر والسبب فى ذلك هو أن ابراء أحد المدينين من التضامن لا يصح أن يترتب عليه الاضرار بباقى المدينين وأن يزيد فى مسئوليتهم (أوبرى وروج ٤ ص ٥٣ ، وبلانيول ج ٢ بند ٧٧٥) . ويساعد على هذا الرأى ما قضت به المادة ١٨٣/٢٤٦ مدنى من أنه « لا يجوز لباقى الشركاء المتضامنين فى الدين أن يطالبوا شريكهم الحاصل له الابراء الا بقدر مايخصه من حصة الشركاء المعسرين اذا اقتضت الحال ذلك » فاذا كان القانون يلزم المدين الذى ابرىء من حصته فى الدين بأن يتحمل جزءاً من حصة المعسر فالمدين الذى أبرىء فقط من التضامن يلتزم من باب أولى a fortiori بجزء من حصة المعسر فى الدين .

وهناك رأى آخر من مقتضاه أن المدين الذى أبرىء من التضامن لا يسأل إلا عن حصته فى الدين ولا يجوز حرمانه من هذه الحالة الجديدة والزامه

بجزء من الدين بسبب اعسار احد المدينين(لاروميبرج ٣ تعليقات على المادة ١٢١٥) ونحن نميل الى تفضيل الرأى الأول .

٢٣٩ — فى الاسقاط الضمنى من التضامن . القاعدة أن الاسقاط من التضامن يجب أن يكون صريحاً فلا يؤخذ بالظن . لكن الاسقاط قد يستنتج ضمناً فى ثلاث حالات :

(١) اذا قبل الدائن من أحد المدينين المتضامنين حصته فى الدين وأعطاه ايصالا ذكر فيه أنه قبض حصة هذا المدين فى الدين (اوبرى وروج ٤ ص ٥٤ وبلانيول بند ٨٧٦) فاذا أراد الدائن أن يحتفظ بتضامن هذا المدين وجب عليه أن يذكر فى المخالصة « دون اخلال بما لى من الحقوق » أو « دون اخلال بشرط التضامن » أو أية عبارة أخرى تفيد احتفاظه بالتضامن

(٢) اذا أقام الدائن على المدين دعوى بحصته فقط فى الدين فدفعها او حكم بها على المدين . على ان مجرد المطالبة المجزأة لا يفيد اسقاط التضامن اذ أفصح الدائن عن ارادته قبل قبوله الدفع او صدور الحكم واحتفظ بشرط التضامن .

(٣) اذا استمر الدائن على قبض نصيب احد المدينين فى القسط والأرباح مدة خمس عشرة سنة دون ان يحتفظ بحقه التضامنى فى المخالصة التى يعطيها اليه .

وفى كل هذه الحالات احتفاظ الدائن بحقوقه يمنع سقوط حقه فى التضامن ، فاذا لم يحتفظ بحقوقه اعتبر متنازلا عن التضامن بالنسبة للمدين الذى تعامل معه لكن حقوقه تبقى كاملة بالنسبة لباقى المدينين .

الفصل الثالث — التعهدات غير المنقسمة

٢٤٠ — *تعريف*. التعهد غير المنقسم هو الذى يستحيل على المدين تنفيذه مجزأ لعدم قابلية موضوعه للتجزئة. فاذا كان موضوع التعهد قابلا للتجزئة اعتبر التعهد منقسما.

٢٤١ — *فائدة التفرقة بين التعهد المنقسم والغير المنقسم*. لا تظهر فائده هذه التفرقة إلا فى حالة تعدد الدائنين او المدينين او الاثنين معاً لأنه اذا كان الدائن او المدين واحداً فيجب تنفيذ التعهد كما لو كان غير منقسم فللدائن ان يطلب من المدين تنفيذ كل التعهد وله ان يرفض الوفاء المجزأ. بعكس الحال اذا تعدد الدائنون او المدينون فانه إذا كان التعهد قابلا للتجزئة تعدد حق المطالبة او المديونية بقدر عدد الدائنين او المدينين. وإذا كان التعهد غير قابل للتجزئة كان كل دائن دائناً بكل الحق وكل مدين مديناً بكل الدين ولكن إذا أوفى أحد المدينين بكل التعهد انقضى التعهد. ويشبه عدم قابلية موضوع التعهد للتجزئة التضامن فى هذا الوجه ولكن عدم قابلية موضوع التعهد للتجزئة تفضل التضامن من حيث ان ورثة المدين فى الحالة الأولى لا يمكنهم تجزئة موضوع التعهد وفى الحالة الثانيـــة يتجزأ التعهد التضامنى فيما بينهم.

٢٤٢ — *أسباب عدم تجزئة موضوع التعهد*. يكون موضوع التعهد غير قابل للتجزئة اما لسبب يرجع الى طبيعة موضوع التعهد أو بناء على غرض المتعاقدين. وبعبارة أخرى عدم التجزئة إما ان يكون طبيعياً أو اتفاقيا

فى عدم التجزئة الطبيعى: إذا كان التعهد خاصاً بنقل ملكية أو كان حقاً عينياً فهو يقبل القسمة عادة ولو كان موضوعه غير قابل للقسمة. فبيع منزل أو حصان يقضى على كل مالك بنقل حقه الشائع فى موضوع البيع، النصف

أو الربع مثلا . ولكن هناك نوعين من الحقوق العينية لا يقبلان القسمة وهما حقوق الارتفاق والرهن . فاذا تقرر لعقار حق المرور على عقار آخر بقى هذا الحق غير قابل للقسمة حتى ولو تعدد فيما بعد ملاك العقار الذى تقرر لمصلحته حق المرور أى أن كل مالك يكون له الحق فى المرور فى العقار المقرر عليه حق الارتفاق . وإذا رهن عقار ظل الرهن كلا غير قابل للقسمة ولو تعدد ملاك العقار المرهون . وكل جزء من العقار المرهون يضمن كل الدين فاذا توفى شخص عن جملة عقارات بعضها مرهون وعن جملة ورثة ووقعت العقارات المرهونة فى نصيب أحد الورثة فلا يمكنه أن يطهر هذه العقارات مما عليها من الرهن إلا اذا دفع كل دين الرهن . واذا رهنت جملة عقارات عن دين واحد جاز للدائن المرتهن أن يقتضى كل دينه من عقار واحد أى أن يبيعه بمفرده بالمزاد الجبرى وفاء لكل دينه .

وتكثر حالات عدم قابلية موضوع التعهد للقسمة فى التعهدات الخاصة بفعل أمر أو بالامتناع عن أمر مثلا :

تعهدُ البائعين بتسليم المبيع الى المشترى هو تعهد لا يقبل القسمة إذا كان موضوع البيع شيئاً غير قابل للقسمة فاذا كان المبيع حصاناً مثلا فظاهر إنه لا يمكن تجزئة التسليم وعلى ذلك يجوز للمشترى أن يطلب من أحد البائعين أن يسلمه الحصان كذلك الحال فيما يختص بدعوى ضمان المبيع يجوز للمشترى أن يطلب من أحد البائعين منع التعرض القانونى الحاصل من الغير (م ٣٠٠/ ٣٧٤) . كذلك يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة وهذا التعهد غير قابل للقسمة . والتعهد باقامة منزل هو أيضاً تعهد غير قابل للقسمة ولو أن تنفيذ هذا التعهد يقتضى أعمالا منفصلة عن بعضها من بناء ونجارة ونقش الخ الا أن التعاقد باقامة المنزل لا يعتبر انه نفذ الا اذا عملت كل هذه الأعمال .

والتعهد بالامتناع عن عمل شىء يكون دائماً غير قابل للقسمة . مثلا اذا

باع عدة أشخاص محلا تجاريا وتعهدوا بعدم فتح محل مماثل له فى نفس المدينة فهذا التعهد غير قابل للتجزئة بالنسبة لكل واحد من البائعين .

فى عدم التجزئة الاتفاقى : يعتبر التعهد غير منقسم بالاتفاق اذا كان موضوعه قابلا للقسمة من كل الوجوه ولكن المتعهدين قصدوا أن يحصل الوفاء كما لو كان غير قابل للقسمة . والاتفاق اما أن يكون صريحاً أو ضمنياً .

فيكون صريحاً: اذا اشترط عند التعاقد. وعدم الانقسام يقوى ضمان الدائن خصوصاً اذا كان التعهد تضامنياً Solidairement et indivisiblement

وأسهم الشركات التجارية تعتبر أجزاء من رأس مال الشركة غير قابلة للقسمة فالسهم وكذلك السند (obligation) لا يمكن قسمته بين ورثة حائز السهم أو السند .

ويكون ضمنياً : اذا استنتج من ظرف خاص كالغرض الذى يقصده المتعاقدون من التعاقد كما لو اشترى شخص قطعة أرض لاقامة بناء لغرض خاص (مصنع ، ملعب ، مدرسة) بحجم معين . فهنا تعهد البائعين غير قابل للقسمة ولولم يذكر ذلك صراحة فى التعاقد لاحتياج المشترى الى كل الأرض ، وتسليم جزء منها يفوت عليه الفائدة المرجوة . كذلك تقادم حق التأليف اذا اشترك فى التأليف عدة أشخاص لا يبدأ سريانه الا من تاريخ وفاة آخر مؤلف من الأحياء (محكمة النقض الفرنسية ١١ ابريل سنة ١٩٢٥)

٢٤٣ — فى الآثار المترتبة على عدم الانقسام فى حالة تعدد المدينين . بما أن موضوع التعهد غير قابل للتجزئة فيجب على المدينين أن ينفذوا ما التزموا به مرة واحدة . لذلك يجوز مطالبة أى مدين بكل الدين (م١١٦/ ١٨٢) وليس له أن يطلب تجزئة الدين . واذا قام المدين بالوفاء جاز له الرجوع على بقية المدينين بنصيب كل واحد منهم فى الدين . واذا رفع الدائن الدعوى على احد المدينين جاز له أن يطلب التأجيل لادخال بقية المدينين فى الخصومة بصفتهم ضمان له (مادة ١٤٦/١٥٦ مرافعات) كل بقدر نصيبه

واذا انقطع سريان المدة بالنسبة لأحد المدينين فلا يسرى على الباقين بعكس الحال فى التضامن حيث يعتبر كل مدين نائباً عن الآخر. واثبات تقصير أحد المدينين لا يسرى على الباقين. واذا كان التعهد مصحوباً بشرط جزائى فعدم الوفاء بالتعهد يلزم المتسبب بالجزاء أما باقى المدينين فلا يلتزمون إلا بقدر حصتهم فى الدين. والاستئناف المرفوع فى الميعاد القانونى من أحد المدينين لايستفيد منه باقى المدينين لانعدام فكرة الوكالة فى التعهدات الغير المنقسمة. ولكن القضاء الفرنسى سار على خلاف ذلك مستنداً على أن اتحاد الموضوع والسبب من شأنها أن يجعلا التفرقة بين المدينين عسيرة وأن حق كل المدينين واحد فالكل يستفيد من نتيجة الاستئناف المرفوع من أحدهم وعلى أن النزاع بالنسبة للمدينين لايحتمل إلا حلا واحداً (١٤ نوفمبر نقض د ، ٩٣ ، ١ ، ٣٥٧ ونقض ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ د ، ١٩١٣ ، ١ ، ٨٩).

٢٤٤ — فى الآثار المترتبة على عدم الانقسام فى حالة تعدد الدائنين. عدم الانقسام الطبيعى هو الذى يمنع تجزئة المطالبة بالتعهد. أما عدم الانقسام الاتفاقى فهو يمنع فقط تجزئة الدين بالنسبة للمدينين ولكنه لايمنع الدائنين من تجزئة المطالبة. والسبب هو أن عدم الانقسام الطبيعى يمنع بطبيعته من المطالبة المتجزئة. أما عدم الانقسام الاتفاقى فلأن موضوع التعهد بطبيعته لا يمنع من التجزئة. وإذا كان عدم الانقسام مشروطاً لمصلحة الدائنين جاز لأحدهم التنازل عنه. وعلى كل فللدائن أن يطلب الوفاء بكل التعهد. وانقطاع سريان المدة بفعل أحد الدائنين يفيد باقى الدائنين ووقوف سريان المدة لسبب خاص بأحد الدائنين، اذا كان قاصراً أو محجوراً عليه لسفه، يوقف المدة بالنسبة لكل الدائنين بسبب عدم تجزئة التعهد. ولكن لا يجوز لأحد الدائنين أن يبرىء المدين من التعهد اضراراً بباقى الدائنين. ولا يجوز له أن يقبل الوفاء بشيء غير المتفق عليه كنقود بدلا من الشيء المتفق عليه

٢٤٥ — فى الفرق بين عدم الانقسام والتضامن . عدم الانقسام والتضامن متشابهان فى منع تجزئة التعهد فكل مدين ملزم بكل التعهد ولكن هناك فروقاً كثيرة وهى :

(١) اختلاف السبب : التضامن هو نوع من أنواع التأمينات ويكون بالاتفاق أو بحكم القانون . أما عدم الانقسام فهو عقبة طبيعية تمنع تجزئة الدين . فالتضامن ينشأ بارادة المتعاقدين أو بحكم القانون أما عدم الانقسام فهو ينشأ من طبيعة الأشياء .

(٢) تنقضى حالة عدم الانقسام اذا استحال التعهد ، لأى سبب من الأسباب ، الى تعويضات . وذلك لأن موضوع التعهد هو الذى يمنع التجزئة فاذا صار المتعهد به مبلغاً من النقود فلا مانع من التجزئة . أما التضامن فهو يجعل كل مدين ملتزماً إما بقيمـــة موضوع التعهد فى حالة الهلاك وإما بالتضمينات الاضافية الناشئة من الشرط الجزائى

(٣) التضامن لا يمنع تجزئة الدين بين ورثة المدين المتضامن اذا كان له تركة . أما عدم الانقسام فهو عقبة كؤود تحول دون التجزئة فلا يستطيع الدائن أن يطالب أحد المدينين بالوفاء الجزئى

الباب السابع

فى مصادر التعهدات

٢٤٦ — *تعريف* . افترضنا حتى الآن ان التعهد موجود ودرسنا ما يترتب على التعهد . ولكننا لم ندرس كيفية وجود التعهد وكيف يصبح الانسان مديناً او دائنا وبعبارة اخرى ماهى مصادر التعهدات .

مصدر التعهد هو الفعل أو الأمر الذى ينتج التعهد . فيقال بأن مصدر تعهد معين عقد بيع أو قرض أو ايجار . ويقال بأن مصدر تعهد آخر جريمة اذا كان ناتجا عن ضرر ناشىء عن قذف أو إحداث جروح أو وضع نار الخ .

٢٤٧ — *فى مصادر التعهدات* . يعتبر القانون المصرى مصادر التعهدات الاتفاق أو الفعل أو القانون وفى هذا تقول المادة ١٤٦/٩٣ « التعهدات اما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون » والحقيقة أن مصادر التعهدات هما الاتفاق أو القانون .

وقد اعتاد الفقهاء منذ عهد الرومان أن يعتبروا مصادر التعهدات

(١) العقد (٢) شبه العقد (٣) الجريمة

(٤) شبه الجريمة (٥) القانون .

الفصل الأول

فى العقود

عموميـــــات

٣٤٨ — **فى تعريف العقد** : لم يعرف القانون المصرى العقد . ويمكن تعريفه بأنه توافق ارادتين أوأكثر على انشاء أو تغيير أوانقضاء علاقة قانونية

٣٤٩ — **فى حرية التعاقد** . توافق الارادات أو الرضا هو ركن جوهرى للتعاقد ولوأنه لايكفى بمفرده أحيانا لتكوين العقد ويجب أن يكون شاملا لكل موضوع العقد وصادراً من كل العاقدين . والرضا هو الذى يحدد الآثار القانونية المترتبة على العلاقة القانونية القائمة بين المتعاقدين ، والمتعاقدون لهم مطلق الحرية فى تقرير الحقوق والواجبات الناشئة بينهم ، وارادة الأفراد تضع ما تشاء من القواعد ولايقيد المشرع هذه الحرية إلا فى حالات خاصة تمس المصلحة العامة أوالنظام العام لحماية حقوق عديمى الأهلية

إلا أنه يجب أن لا نغالى فى مدى حرية التعاقد . فقد تكون هذه الحرية أحيانا صورية . ففى كثير من العقود يكتفى المتعاقدون بذكر الأثر الجوهرى الذى يترتب على التعاقد ويغفلون التعرض للآثار القانونية التى تنتج فيما بعد من التعاقد . وهنا تبدو ماثلة للعيان القواعد القانونية التى وضعها المشرع لتفسير وتكملة نية المتعاقدين ولما كانت هذه القواعد ثمرة تجاريب الأجيال الغابرة فهى تنطبق فى الغالب على الأحوال التعاقدية التى وضعت خصيصاً لها حتى أن المتعاقدين إذا قصدوا بيان كل النتائج المترتبة على التعاقد يدونون هذه القواعد فى عقودهم .

كذلك تقتضى طبيعة التعاقد وجود ارادات مستقلة ومتكافئة تساوم وتناقش شروط الاتفاق بحرية تامة. وهذه حالة يندر تحقيقها عملا، إذ الغالب أن يكون أحد طرفى التعاقد أقوى من الوجهة الاقتصادية من الطرف الآخر. والطرف القوى هو الذى يملى ارادته أى يضع قانون التعاقد. فالطرف القوى فى عقد القرض هو المقرض وفى عقد البيع هو المشترى.

ويبلغ أحيانا عدم التكافؤ الاقتصادى بين المتعاقدين درجة تنعدم معها حرية أحدهما. مثال ذلك: رب العمل هو الذى يضع شروط العمل ويحدد الأجرة وفى عقد التأمين يخضع المستأمن للشروط المطبوعة فى العقد وكذلك الحال بالنسبة لشركات النقل والماء والنور بالنسبة للمشتركين والشركات التجارية والجمعيات بالنسبة للشركاء والأعضاء فالذى يحدد علاقات الشركاء والأعضاء بالشخص المعنوى (الشركة أو الجمعية) هو قانونه النظامى وكل من ينضم الى هذه الجماعة يلتزم بقبول شروطها. وتسمى العقود التى من هذا القبيل «عقود الانضمام أو التلاحق Contrats d'adhesion» [1] للدلالة على انعدام ارادة أضعف المتعاقدين وأنه يلحق بارادة غيره. ومن أجل ذلك أنكر البعض[2] على هذه الأعمال صفة العقود لأن العقد يتميز باستقلال المتعاقدين وقدرتهم على مناقشة شروط العلاقة القانونية المزمع تكوينها. وقد يكون هذا الاعتراض صحيحاً فى الواقع ولكنه غير صحيح من الوجهة القانونية ذلك لأن من يقبل الشروط المعروضة عليه يملك رفضها. فهو حر فى القبول أو فى الرفض فاذا قبلها اعتبر رضاؤه صحيحاً. لذلك تعتبر عقوداً صحيحة. والقائلون بعدم اعتبارها عقوداً يقصدون تجريد الطرف القوى الذى أملى

---

(١) ويقابلها عقود المساومة الحرة Contrats de gré â gré

(٢) Duguit. Traité de droit Constitutionnel 3me édition t.,1,p.371 حيث اعتبرها تصرفات من جانب واحد acte tunilateral وأنظر فى مجلة القانون المدنى سنة ١٩١٠ ص ١٥٠٣ مقالة Debreux عن عقود الانضمام Rev. Trim. de Dr. Civil

هذه الشروط من حق تحديد آثارها واعطاء هذا الحق الى المحاكم لتحديد مدلولها على حد المساواة ex œque et bono بين المتعاقدين وقد يكون من الخطر منح للقضاة هـذه السلطة ويحسن أن يعهد الى المشرع تنظيم عقود التلاحق حتى لا يتمكن الطرف القوى من ارهاق الطرف الضعيف وحتى لا يكون للقوى حظ الأسد . وهو ما فعله المشرع المصرى بالنسبة لشركات المساهمة حيث علق تأسيسها على صـــدور مرسوم ملكى وهو ما يمكن الحكومة من فحص كل الشروط الواردة فى عقد الشركة قبل اصدار المرسوم واستبعاد مالا يتفق مع المصلحة العامة أوماترى فيه اجحافاً بحقوق المساهمين وقد أصدرت عدة قرارات مشتملة على قواعد عامة يجب على المؤسسين اعتبارها جزءاً متمماً لعقد الشركة وتدخل الحكومة بهذه الكيفية من شأنه أن يوجد توازناً فى القوى .

٢٥٠ — فى مجال العقود [1] . تشغل العقود مركزاً ممتازاً فى الحقوق المالية وهى منها بمثابة اللحمة وذلك لأن معظم العلاقات القانونية المتعلقة بالمال تصدر عن العقود .

ولا يقف شأن العقود عند حد الأموال بل أنه يتناول الأحوال الشخصية كالزواج . لكن عقود الأحوال الشخصية مع تشابهها من حيث انعقادها بالعقود المتعلقة بالأموال تختلف عنها من حيث آثارها القانونية . وذلك لأن قانون الأحوال الشخصية (الشريعة الاسلامية) هو الذى يحدد بمفرده كل الآثار المترتبة على الزواج ولا يترك تحديدها لارادة المتعاقدين .

على أن حرية المتعاقدين ليست مطاقة بالنسبة لكل الحقوق المالية فالمتعاقدون لا يملكون باختيارهم تغيير نظام الملكية العقارية ولا أن يخلقوا حقوقاً عينية لم يصرح بها القانون .

---

(١) Le domaine des contrats

وأخيراً توجد حالات يبدو فيها التعاقد بوجه غير مألوف حيث تنعدم ارادة بعض المتعاقدين كما هو الحال بالنسبة لشركات المساهمة إذ يتعذر الحصول على توافق كل ارادات المساهمين وهو مايدعو الى خضوع الاقلية لرأى الأغلبية فتقرر الأغلبية ما تراه ضمن حدود القانون ونظام الشركة مادامت الشركة قائمة . وكذلك يقضى قانون الافلاس بخضوع الأقلية لرأى الأغلبية عند ما يراد التصالح مع المفلس فيكفى أن يقبل الصلح نصف عدد الدائنين زائداً واحدا بشرط أن يكونوا حائزين لثلاثة أرباع الديون لكى تصادق المحكمة على هذا العقد .

الفرع الاول — فى تقسيم العقود [1]

تنقسم العقود الى (١) عقود ثنائية ومفردة (٢) وعقود معاوضات وتبرعات (٣) وعقود محققة واحتمالية (٤) وعقود شكلية ورضائية[2] .

٢٥١ — العقود الثنائية والمفردة . العقد الثنائى synallagmatique, bilatéral هو الذى يترتب عليه نشوء تعهدات متقابلة بين طرفى العقد . والعقد المفرد unilatéral هو الذى يترتب عليه التزام طرف قبل الطرف الآخر دون أن يلتزم هذا الأخير بشىء قبل الطرف الأول .

ويعتبر كل طرف فى العقود الثنائية دائناً ومديناً فى وقت واحد كالبيع والبدل والايجار والشركة . أما العقود المفردة فلا تنشأ إلا تعهداً واحداً كعارية الاستعمال اذ يلتزم المستعير برد العارية ولا يلتزم المعير بشىء ما .

---

(١) Classification des contrats

(٢) ضربنا صفحا عن بعض أصناف من العقود ، كالعقود المسماة contrats nommés والعقود غير المساة contrats innomés والعقود الاصلية contrats principaux والعقود الفرعية أو التبعية contrats accessoires وسبق أن أشرنا (بند ٢٤٩) الى عقود الانضمام وعقود المساومة الحرة .

والعبرة فى تعرف العقد المفرد بالوقت الذى انعقد فيه. وتحمل الدائن تعهداً بعد انقضاء العقد المفرد لا يغير من صفته.

وللتفرقة بين العقود الثنائية والمفردة فوائد هامة وهى :

(١) تتضمن العقود الثنائية شرطا فاسخاً لأن هـذه العقود تحمل الطرفين تعهدات متقابلة فاذا قام طرف بتنفيذ تعهده أو اذا أفصح عن نيته فى التنفيذ، ولم يقم الطرف الثانى بشىء ما، كان للطرف الأول الحق فى طلب فسخ التعاقد. «ويسمى الشرط الضمنى الفاسخ».

ولا يقع الفسخ بحكم القانون بل بحكم المحكمة إلا اذا كان متفقا وقوعه بحكم القانون وبدون انذار، ولا تقضى المحكمة حتما بالفسخ، فلها سلطة التقدير، وقد تمنح المدين مهلة للوفاء اذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم للدائن.

(٢) اذا رفع طرف دعوى رد الشىء وكان هو بدوره لم يقم بتنفيذ ما تعهد به، جاز للطرف الثانى حبس الشىء تحت يده حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ ما تعهد به. كما لو طلب المعير رد العارية وكان المستعير تحمل مصاريف للمحافظة عليها جاز له حبسها حتى يستوفى ما أنفقه. وكذلك الشأن فى الوديعة والوكالة، وبالجملة من يطالب برد شىء تحمل مصاريف فى سبيل تحسينه أو المحافظة عليه يكون له حق الحبس (م ٦٠٥/ ٧٣١ و ٤٨٨/ ٥٩٦ مدنى).

٢٥٢ — عقود المعاوضات والتبرعات . Contrats à titre onéreux et à titre gratuit يتعهد كل طرف فى عقود المعاوضات بتسليم الطرف الآخر مقابل ما يتسلمه منه كالبيع والايجار، والوكالة بأجر، والكفالة بأجر، وفى عقود التبرعات يتسلم طرف واحد، شيئا من الطرف الثانى، دون أن يقدم عوضه كالهبة، وعارية الاستعمال، والوكالة بلا أجر، والوديعة، وعارية الاستهلاك، والكفالة بلا أجر.

وهاك بيان فوائد التفرقة بين هذين النوعين من العقود : —

(١) تلحظ شخصية المستفيد من عقود التبرعات ، فاذا حصل خطأ فى شخصه بطل التعاقد ، ولا تبطل عقود المعاوضات بسبب الخطأ الواقع فى شخص أحد العاقدين كالبيع بالنقد .

(٢) اذا قصر المتعهد مجانا فى القيام بما تعهد به فلا يسأل عن كل نتائج اهماله وتقصيره (م ٤٨٥/٥٩٣ و ٥٢١/٦٣٨ مدنى) .

(٣) اذا عقد مدين معسر عقد تبرع ، فيفترض القانون أنه أجرى هذا التعاقد اضرارا بدائنيه (م ١٤٣/٢٠٤ مدنى) .

(٤) تحرر عقود التبرعات فى صورة رسمية . ويشترط فى هبة العقار أن تكون مسجلة (م ٤٨ و ٥٢/٧٠ و ٧٥ مدنى) .

٢٥٣ — العقود المحققة والعقود الاحتمالية contrats commutatif et aléatoire العقد المحقق هو الذى يقضى منذ انعقاده باستيلاء كل طرف على شىء معين أو قابل للتعيين ، وبذلك يستطيع كل طرف أن يقدر مقدار ما يستولى عليه من الآخر ولا يشترط تساوى العوضين . ويعتبر الثمن فى البيع عوض المبيع .

أما فى العقود الاحتمالية فلا يمكن تعيين ما يستولى عليه كل طرف وقت انعقاد العقد لتوقف ذلك على أمر غير محقق يعرض قيمة الشىء للاختلاف وقد يتحمل الغرر طرفا التعاقد كالرهان والنصيب والعاب الخفة والمهارة ، وقد يتحمله طرف واحد ، كالتأمين نظير قسط ثابت prime fixe اذ لا غرر إلا بالنسبة للمؤمن ، أما المستأمن فلا غرر عليه متى دفع القسط .

وليس للتفرقة بين العقود المحققة والاحتمالية كبير فائدة عملية ، ولكننا نورد الفائدتين الآتيتين : —

(١) ترى المحاكم المختلطة أن بطلان بيع الحاصلات المستقبلة (م ٣٣٠ م مختلط) قاصر على عقود الغرر (الاحتمالية) مثل الاتفاق على دفع ثمن معين

بقطع النظر عن كمية المحصول (سم ١٥ فبراير سنة ١٩٠٠ تق ١٢ ، ١١٧) .

(٢) من الأمور المألوفة فى التجارة أن يبيع التاجر ديونه الجيدة والرديئة ، مع تحميل المشترى خطر اعسار المدين ، فاذا تبين أن العاقدين قصدوا أن يكون البيع غررياً فلا ضمان على البائع .

٢٥٤ — العقود الشكلية والرضائية . contrats solennles et consensuels . الأصل أن العقود تنعقد برضاء العاقدين ، ولكن يشترط القانون أحيانا أن يتخذ الرضا شكلا خاصاً وإلا كان العقد باطلا ، كاشتراط ثبوت الهبة فى عقد رسمى (م ٤٨/٧٠ و ٥٥٧/٦٨١ مدنى) .

ويجب أن لا نخلط بين اشتراط شكل معين لصحة العقد وضرورة الاثبات بالكتابة . فقد ينعقد العقد شفهياً ، ولو أن القانون يقضى بلزوم تقديم دليل كتابى لاثباته عند المنازعة فى انعقاده . انما اذا قضى القانون باتباع طريقة خاصة لانعقاد العقد ، فلا ينعقد العقد إلا اذا احترم هذا الشرط .

العقود العينية contrats réels وهى عقود رضائية انما لا ينشأ الالتزام إلا اذا كان المدين تسلم موضوع التعاقد كالوديعة والرهن الحيازى وعارية الاستعمال وعارية الاستهلاك وتعتبر فى هذه الحالة عقوداً مفردة لأن تعهد أحد طرفى التعاقد ينفذ وقت انعقاد العقد . واذا انعقدت هذه العقود دون تسليم كانت عقوداً ثنائية حيث يلزم أن يقع التسليم بعد انعقاد العقد .

الفرع الثانى — فى شروط انعقاد وصحة العقود

تقسيم : يجب لانعقاد العقد توافر ثلاثة شروط وهى (١) رضاء المتعاقدين (٢) موضوع العقد (٣) سبب العقد .

ويشترط لصحة العقد توافر (١) أهلية المتعاقدين (٢) أن لا يشوب الرضا عيب كالغلط والغش والاكراه أو الغبن فى أحوال معينة .

المبحث الاول — فى الأهلية [1]

٢٥٥ — *تعريف* . الأهلية هى قدرة الانسان لأن يكون متصرفا فى حقوقه وقد تكون الأهلية مطلقة أو مقيدة . والى هذا أشارت المادة ١٢٩/١٨٩ فقالت « قد تكون الأهلية مقيدة بانحصارها فى بعض أفعال وقد تكون مطلقة شاملة لكل الأفعال » .

والحكم فى الأهلية المطلقة والمقيدة يكون على مقتضى قانون الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد (م ١٣٠/١٩٠ م) وقد عمل المشرع المصرى على توحيد التشريع وجهة الاختصاص بالنسبة لعديمى الأهلية فأصدر قانون ١٣ اكتوبر سنة ١٩٢٥ [2] .

---

(١) الأهلية وعوارضها والولاية فى الشرع الاسلامى للاستاذ أحمد ابراهيم ابراهيم وكيل كلية الحقوق . مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث والرابع السنة الاولى والعدد الاول من السنة الثانية . ويعرفها الفقهاء بأنها صلاحية الانسان لوجوب الحقوق له أوعليه . ويسمون محل الوجوب « ذمة » ولذا يضاف اليها فيقال وجب فى ذمته ، وبرئت ذمته . ويولد الانسان وله ذمة صالحة لوجوب الحقوق . وتسمى أهليه الوجوب . وأهلية الاداء هى صلاحية الانسان لصدور الفعل عنه على وجه يعتبر شرعا .

(٢) جاء فى المادة الثالثة منه « تنظر المجالس الحسبية دون غيرها فى المسائل والمنازعات المتعلقة بالمواد الآتية الخاصة بالمصريين وغيرهم من المتوطنين بالقطر المصرى مسلمين كانوا أو غير مسلمين الا اذا قضت القوانين أو المعاهدات بغير ذلك . وهى « تعيين الاوصياء للقصر والحمل المستكن والقامة للمحجور عليهم والوكلاء للغائبين وتثبيت الاوصياء المختارين اللائقين للوصاية وتعيين المشرفين ، وعزل جميع المتولين المذكورين واستبدال غيرهم أو قبول استقالتهم والحجر على عديمى الأهليه ورفع الحجر عنهم . واستمرار الوصاية الى ما بعد سن الحادية والعشرين اذا اقتضت الحال ومنع القاصر الذى بلغ الثامنة عشر من التصرف . وتعيين مأذون بالخصومة فى حقوق القصر أو المحجور عليهم أو الغائبين وذلك عند تضارب مصلحتهم مع مصلحة الاوصياء أو القامة أو الوكلاء ، مراقبة الاوصياء والقامة ووكلاء الغائبين والنظر فى حساباتهم واتخاذ الاحتياطات المستعجلة لصيانة حقوق القصر أو عديمى الاهلية أو الغائبين ، سلب ما للاولياء من السلطة على أموال الاشخاص المشمولين بولايتهم أو الحد من حريتهم فيها ، التأكد مما اذا كانت المصاريف المخصصة لنفقة القاصر وتربيته أو لنفقة المحجور عليه قد استعملت فعلا لهذا الغرض »

وأسباب عدم الأهلية اما أن تكون (١) طبيعية (٢) قانونية .

٢٥٦ — *فى عدم الاهلية الطبيعية* . يقتضى التعاقد وجود طرفين مميزين حتى يمكن تلاقى ارادتيهم . فالمجنون أو المعتوه أو الصغير لا ارادة ولا تمييز لهم فلا تعاقد مع أحدهم لانعدام ارادة أحد طرفى التعاقد .

والشخص المعنوى يعتبر ذا ارادة كالشركات التجارية ، فاذا لم يكن لهيئة من الهيئات شخصية معنوية معترف بها كنادٍ أدبى فلا يجوز التعاقد باسمه بسبب عدم وجود الاهلية قانوناً أى انعدام إرادة أحد طرفى التعاقد .

٢٥٧ — *فى عدم الاهلية القانونية* . اذا كان سبب عدم الاهلية نص القانون فعدم الاهلية خاص ببعض الحقوق دون البعض الآخر كعدم الاهلية المنصوص عنه فى المواد ٢٥٧ و ٣٢٤/٢٥٨ و ٣٢٥ مدنى [١] وعدم الاهلية هنا خاص بمنع فريق من الناس من التملك فى ظروف خاصة . على أن معظم أحوال عدم الاهلية القانونية يتعلق بعدم أهلية مباشرة بعض الحقوق فالصغير والمحجور عليه لعته أو جنون أو سفه [٢] أو المحكوم عليه

---

(١) « لا يجوز للقضاة أو وكلاء الحضرة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين »
« والافوكاتية أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم لا كلا ولا بعض من الحقوق المتنازع »
« فيها التى تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجرون فيها وظائفهم . فاذا وقع ذلك كان »
« البيع باطلا .

« وفى هذه الحالة يكون البيع باطلا أصلا ، ويحكم ببطلانه بناء على طلب أى شخص له »
« فائدة فى ذلك . ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها (م ٣٢٤/٢٥٧ م) »
« لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى كالاوصياء والاولياء ولا للوكلاء القامين »
« من موكليهم أن يشتروا الشىء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة
« فاذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع اذا كان فيه أهلية »
« التصرف وقت التصديق (م ٣٢٥/٢٥٨ م)

(٢) السفه خفة تعترى الانسان فتبعثه على التصرف فى أمواله بخلاف مقتضى الشرع والعقل بالاسراف وهو المجاوزة عن الحد والتبذير وهو تفريق المال اسرافا ، وعند أبى حنيفة السفه

بعقوبة جنائية (م ٢٥/٣٩ عقوبات [١]) ليسوا محرومين من أهلية التملك أى أهلية وجوب الحقوق لهم . ولـكن أهليتهم فى التصرف مقيدة . وسبب حرمانهم من أهلية التصرف الرغبة فى المحافظة على أموالهم أو حرمانهم من هذا الحق عقاباً لهم . فاذا كان سبب عدم الأهليـة هو المحافظة على حقوق عديم الأهلية نتج من ذلك أن المتعاقد مع عديم الأهلية لا يستطيع الطعن فى صحة التعاقد متى كان متمتعاً بالأهلية . وبعبارة أخرى يعتبر البطلان نسبياً . وبناء على ذلك يمكن القول بأن التعاقد مع مذنب يجوز الطعن فيـه ممن تعاقد معه (بلانيول ج أول بند ١٦٣٠) ولـكن هل يتفق هذا الرأى مع القانون المصرى ؟ تقول المـادة ١٣٢ / ١٩٢ مدنى بأنه « لا يجوز لذى الأهلية من المتعاقدين أن يتمسك بعدم أهليـة من تعاقد معه بقصد بطلان المشارطة » وظاهر أن النص عام يشمل عدم الأهلية الملحوظ فيها المحافظة على أموال الشخص أو الحرمان من حق التصرف كعقوبة تبعيـة . ورغماً من عمومية النص نرى أن هذه المـــادة تسرى فقط على الأحوال التى يعتبر فيها عدم الأهلية ميزة لا عقاباً لعدم الأهلية .

ولا يشترط القانون المصرى لبطلان التعاقد الحاصل مع عديم الأهلية اثبات الغبن . وتقضى المادة ١٣١/١٩١ مدنى بأن « مجرد عدم الأهلية موجب لبطلان المشارطة ولو لم يكن فيها ضرر » نخالف القانون الفرنسى وقد تأثر المشرع المصرى بالشريعة الاسلاميـة التى تقضى بتقسيم تصرفات الصغير المميز الى تصرفات (١) ضارة (٢) نافعة (٣) دائرة بين النفع والضرر .

لا يوجب الحجر أصلا ، لان السفيه حر لا نقصان فى عقله . وفى سلب ولايته على ماله اهدار لآدميته . وهو أشد ضرراً من التبذير ، ويرى أبو يوسف ومحمد بوجوب توقيع الحجر لان السفيه اذا أفنى ماله بالتبذير يصير عيالا على المسلمين ويستحق النفقة من بيت المال ، وهذا الرأى الاخير هو المعمول به الآن فى الاقطار الاسلامية .

(١) كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من ادارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله ويعين قيما لهذه الادارة تقره المحـكمة .

فالتصرفات الضارة غير جائزة أصلا وان أجازها الولى أو الوصى كالصدقة والقرض والوصية تبطل أصلا لأن فيها ازالة ملك من غير نفع يعود عليه . ولما كان الصبي مظنة الترحم ، والله تعالى أرحم الراحمين ، فلم يشرع فى حقه الضار . والتصرفات النافعة جائزة ولو لم يجزها الولى أو الوصى كقبول الهبة ، والنوع الأخير يتوقف نفاذه على اجازة الولى أو الوصى ، كالبيع ونحوه فانها تشتمل على زوال الملك وهو ضرر وحصول البدل وهو نفع . فتجوز هذه التصرفات منه عند انضمام رأى الولى أو الوصى اليه . باعتبار أن قصور رأى الصغير لما اندفع برأى الولى ، التحق هو بالبالغ ، فاحتمال الضرر اندفع برأى الولى أو الوصى .

وقضى قانون ١٣ اكتوبر سنة ١٩٢٥ ، أن الولاية والوصاية على المال تنتهى متى بلغ القاصر احدى وعشرين سنة ميلادية إلا اذا قرر المجلس الحسبي استمرارها ومع ذلك فمتى بلغ القاصر ثمانى عشر سنة ولم يمنع من التصرف جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه ويكون للقاصر فى هذه الحالة حق قبض دخله مدة ادارته والتصرف فيه بالتأجير لمدة لا تتجاوز سنة وزراعة أطيانه واجراء ما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة ويعتبر القاصر رشيداً بالنسبة الى هذه التصرفات ويبقى قاصراً فيما عداها ويستمر الوصى فى أداء وظيفته بالنسبة لها .

٢٥٨ — *فيما يترتب على بطلان التعاقد مع عديم الاهلية* : قصد القانون المحافظة على أموال عديمى الأهلية فأجاز لهم إبطال العقود المعقودة معهم . ولكن ليس معنى ذلك تمكينهم من أكل أموال الناس . فعديم الأهلية الذى تعاقد مع الغير وحصل على مال أو منفعة بمقتضى هذا التعاقد لا يستطيع أن يتنصل تماماً من تنفيذ ما تعهد به مع احتفاظه بالمنافع التى حصل عليها حتى لا يثرى على حساب الغير بلا وجه حق . من أجل ذلك قضت المادة ١٣١/١٩١م بأن « من استحصل على بطلان مشارطة لعدم أهليته لا يكون

ملزما إلا برد قيمة المنفعة التى استحصل عليها بتنفيذ المشـارطة من المتعاقد معه ذى الأهلية » ويلاحظ أن القانون أقام قرينة فى صالح عديم الأهلية فافترض أن الاتفاق لم يعد بفائدة على عديم الأهلية وبذلك يقع حمل الاثبات على الطرف الآخر الذى يدعى العكس .

وليس من العسير أن تتعرف مقدار ماعاد على عديم الأهلية من الفائدة . فاذا اقترض نقوداً وأنفق نصفها فى ملذاته ، واستبقى النصف الثـانى فى بنك فيلزم برد الباقى . واذا خصص ما اقترضه لوفاء دين ترتب فى ذمتـه قانوناً فيلزم بدفع ما اقترضه واذا اشترى بهذه النقود شيئاً فيلزم برد ما اشتراه سواء كان مفيداً أم غير مفيد للطرف الآخر . واذا خصص النقود لشراء أشياء ضرورية أو لترميم عقار فيلزم بالرد حتى لو هلك الشىء أو العقار بعد ذلك بحادث عرضى أو قوة قاهرة .

المبحث الثانى — فى الرضا

٢٥٩ — فى الايجاب والقبول . يتكون كل عقد من جزئين وهما الايجاب والقبول . فالايجاب هو العرض [١] الذى يصـدر أولا من أحد العاقدين . والقبول [٢] هو ما يصدر من العاقد الآخر وبه يتم العقد . وقد يكون الايجاب والقبول أو أحدهما ضمنيـــاً . فشركة النقل المحترفة بنقل الاشخاص تعرض على الجمهور استعدادها للنقل بأجرة معينة . والشخص الذى تطأ قدمه احدى عرباتها يقبل هذا الايجاب . وصاحب الفندق الذى يدعو طبيباً لمعالجة شخص يقيم فى فندقه يتعهد ضمناً بدفع أجرة الطبيب إلاّ إذا صرح للطبيب بخلاف ذلك .

وقد يقع رضا المتعاقدين اذا اجتمعا فى مجلس العقد . وفى هذه الحالة يتم

---

(١) offre, pollicitation (٢) aeceplation

الايجاب والقبول فى لحظة واحدة . لكن يحدث أن لا يجتمع العاقدان فى مجلس العقد فلا يستطيعان الاتفاق إلا بواسطة المراسلة أو المخاطبة التليفونية أو ايفاد مندوب . وتسمى عقود المراسلة وتختلف عن العقود التى تتم بين العاقدين الحاضرين فى مجلس العقد من وجهين :

(١) لا يستطيع الطرف الموجب أن يتعرف حالا ، أى وقت صدور ايجابه ، ارادة الطرف الثانى (٢) بما أن عقود المراسلة لا تنعقد إلا إذا قبل الطرف الثانى ايجاب الموجب فقد يصعب أحياناً معرفة المكان والزمان اللذين انعقد فيهما العقد . فهل ينعقد العقد فى المكان الذى يصدر فيه ايجاب الموجب أو فى المكان الذى يصدر فيه قبول القابل ؟ وما يصدق على المكان يصدق على الزمان . وسنعود الى بحث هذه المسائل فى موضعها .

٢٦٠ — **فى الايجاب** : يجب أن يكون الايجاب معداً فى قصد الموجب للقبول بمعرفة الطرف الثانى . فان لم يكن كذلك اعتبر عرضاً للمساومة . فالمالك الذى يعلق على واجهة منزله « منزل أو شقة للايجار » لا يلزم بالتأجير لأى قادم يقبل دفع الاجارة لكن التاجر الذى يضع على بضائعه ورقة مشتملة على الثمن يلتزم ببيعها بهذا الثمن . وكذلك الحال بالنسبة للتاجر الذى يعلن عن بضائعه فى نشرات

٢٦١ — **فى الرجوع عن الايجاب وقبول القابل قبل علمه بهذا الرجوع.**
لا يرتبط الموجب بايجابه ما دام الطرف الثانى لم يقبل هـذا الايجاب . فيستطيع الموجب أن يرجع فى ايجابه . ولكن ما هو الحال لو أن الطرف الثانى قبل الايجاب قبل علمه بعدول الموجب ؟ مثال ذلك (ا) التاجر بمصر أرسل خطاباً الى (ب) التاجر بباريس فى ٦ فبراير يطلب بضاعة . وفى ٨ فبراير عدل ا عن المطالبة وأرسل خطاباً آخر الى ب بهذا المعنى . لكن ب استلم الخطاب فى ١٤ فبراير وقبل العرض الصادر من ا وأعد البضاعة اللازمة

وكتب بذلك الى ا وفى ١٦ فبراير وصله خطاب العدول. يرى جمهور شراح القانون بأنه لا تعاقد وذلك لأنه فى اللحظة التى قبل فيها ب رجع الموجب عن ايجابه وأن ارادتى الموجب والقابل لم تتقابلا فى أى وقت من الأوقات ولكن ب يستطيع أن يطالب ا بتعويض اذا أثبت حصول ضرر له. يترتب على ذلك أن الايجاب ينعدم بوفاة الموجب أو بالحجر عليه (أوبرى وروج ٤ بند ٣٤٣ ص ٤٨٣) ويؤيد هذا الرأى ماتقضى به المادة ٧٢/٥٠ مدنى ونصها « تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهب له »

واذا كان جمهور الشراح يرى استحقاق القابل فى المثال المتقدم للتعويض إلا أنهم اختلفوا فى الأساس القانونى الذى ينبنى عليه استحقاق التعويض. فيقول البعض إنه اذا لم يمكن هناك عقد فلا يمكن أن يكون مصدر التعهد بالتعويض التعاقد ex Contractu. واذا كان الايجاب الذى لم يقبل بعد لا يلزم الموجب فيكون الموجب بعدوله عن ايجابه قد استعمل حقا مشروعاً ولذلك لا يمكن أن يكون أساس للتعويض ارتكاب جريمة Ex delicto

ولعل أحسن الآراء هو أن الموجب يملك العدول عن ايجابه إذا لم يترتب على هذا العدول ضرر الطرف الثانى. لكن ليس معنى ذلك أن الموجب لا يلزم بتعويض متى كان عالما أنه دفع الطرف الثانى الى تعاقد معرض للزوال

ويلاحظ أن القانون الانكليزى يجيز العدول عن الايجاب قبل قبول الطرف الثانى. ولا يكون لهذا الأخير فى هذه الحاله حق المطالبة بتعويض. لكن العدول لا يعتبر صحيحاً إلا اذا علم به القابل. فاذا قبل القابل قبل علمه بعدول الموجب انعقد العقد حتى لو كان عدول الموجب سائراً فى طريقه الى القابل.

واذا حدد الموجب أجلا لقبول القابل فلا يملك الموجب العدول عن ايجابه ما دام الأجل قائما.

وتقضى بعض القوانين الأجنبية بأن الايجاب يتضمن أجلا ضمنياً لا

يستطيع الموجب فى خلاله العدول عنه (القانون المدنى الالمانى مادة ١٤٥ وقانون التعهدات السويسرى مادة ٥) .

ولا يقضى القانون الفرنسى أو المصرى بأجل ضمنى يلزم الموجب فى خلاله بعدم العدول عن ايجابه . ولكن الشراح يقولون بوجود هذا الاجل الضمنى فى المسائل التجارية حيث يقضى عرف التجارة بأن الموجب يفترض فيه أنه قصد بقاء ايجابه قائما مدة من الزمن كافية لتمكين الطرف الثانى من بحث الايجاب والرد عليه (ليون كان ج ٣ بند ١٥) ولأجل تحديد هذا الأجل يجب النظر الى شكل الايجاب ونوع الصفقة . فاذا حصل الايجاب بالتلغراف تعين أن يكون القبول بهذه الطريقة واذا كان الايجاب بالمكاتبة وطلب الموجب أن يصله القبول بالتلغراف وجب على القابل أن يرد على الموجب بالتلغراف فاذا اكتفى بالمراسلة اعتبر قبوله متأخراً .

٢٦٢ — فى القبول الضمنى . قد يكون القبول ضمنياً وهو الذى يستفاد من ظروف الحال كتحريك الرأس من أعلى الى أسفل أو ارسال البضاعة المطلوبة والقيام بالعمل المطلوب وتسلم تذكرة نقل مبين بها شروط النقل إلا اذا ثبت أن القابل أمى أو اذا كانت الشروط معلناً عنها فى نشرة لم يطلع عليها .

ولكن هل يعتبر السكوت قبولا ؟ القاعدة أن السكوت لا يدل على القبول . ولا يعتبر السكوت قبولا إلا اذا اقترن بظرف يفيد القبول كاستيلاء المشترى على المبيع . أما مجرد السكوت فيدل على أن الايجاب لم يصادف قبولا وأنه لا يستحق الرد . فقد يقذف بالمكاتبة المتضمنة الايجاب فى سلة المهملات . وحتى اذا أرسل الموجب « عينات » فلا يلزم المعروض عليه أن يردها اليه . وقد حكمت المحاكم الفرنسية بأن الجريدة التى تطبع العبارة الآتيه فى إحدى صحفها l'abonnemment continue sauf avis contraire لا تلزم المشترك باشتراك جديد حتى اذا استمر على استلام الجريدة بعد انقضاء مدة

مدة الاشتراك الاولى (محكمة Douai ١٠ مارس سنة ١٨٧٤ د ، ٧٤ ، ٢ ، ١٥٣) وذلك لان عقد الاشتراك فى جريدة موقوت بوقت معين فاذا استمر صاحب الجريدة على ارسالها بعد انقضاء هذا الميعاد تحمل مسئولية عمله .

على أنه توجد ظروف يعتبر فيها السكوت قبولا . والمرجع فى تقديرهذه الظروف الى المحاكم . ويمكن الاسترشاد بالقواعد الآتية . —

(١) إذاكان الايجاب فى مصلحة الطرف الآخر وكان لا يوجد سبب مالى أو أخلاقى يحمله على الرفض كما لو أبرأ الدائن مدينه من الدين أو اذا تنازل مدين عن التمسك بالتقادم عند توافر شروطه ، فنى هذه الظروف وما يماثلها يعتبر السكوت قبولا للايجاب .

(٢) يفيد السكوت القبول إذاكان العرض مسبوقا بمعاملات مقررة بين الطرفين . فاذا اعتاد تاجر شراء بضاعة معينة من مصنع وطلب اليه أن يرسل اليه كمية معينة فى تاريخ معين فسكوت رب المصنع يعتبر قبولا لايجاب الموجب .

(٣) إذا اعتاد شخص أن يقوم بعمل معين بمجرد تكليفه بذلك كارسال خطاب اليه بهذا المعنى فيعتبر سكوته قبولا .

(٤) إذا حصل العرض بناء على طلب الطرف الثانى فيعتبر السكوت قبولا كما لو أعلن عن عطاءات فى الجرائد وصرح فيها أن الصفقة ترسى على أقل عطاء .

٢٦٣ — فى الوقت الذى ينعقد فيه العقد . من السهل أن نتعرف الوقت الذى ينعقد فيه العقد اذا كان طرفا التعاقد حاضرين ولكن اذا حصل التعاقد بالمكاتبة فمتى ينعقد العقد ؟ لهذه المسألة أهمية كبرى من الوجوه الآتية : (١) لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع بعد انعقاد العقد (٢) وفاة أحد العاقدين أو الحجر عليه لا يؤثر فى العقد بعد انعقاده (٣) يترتب على

الانعقاد تحمل أحد العاقدين خطر التعاقد فى عقد التأمين (٤) تعيين المحكمة المختصة (م ٣٤/٣٥ مرافعات) (٥) معرفة سعر السوق .

وقد أثارت هذه المسألة جدلا عنيفاً بين الشراح وتضاربت فيها الأحكام ويمكن ارجاع كل هذه الآراء الى نظريتين وهما : —

(١) نظرية الافصاح عن الارادة . مقتضى هذه النظرية أن العقد ينعقد منذ اللحظة التى يصرح فيها القابل بقبوله الايجاب بشرط أن يكون القبول حاصلا بكيفية لاتدع مجالا للشك فى أن القابل يقصد أن يكون قبوله قطعياً لذلك لايكفى مجرد التأشير على ورقة بالموافقة أوتحرير خطاب بالقبول مادام الخطاب لم يسلم الى مصلحة البريد . فالقبول الذى لارجوع فيه هو الذى ينشىء التعهد . ويؤيد هذه النظرية أن القانون لم يعلق انعقاد العقد على علم الطرف الثانى بالقبول (م ١٢٨/١٨٨ مدنى) وما جاء فى المادة ٥١٢/٦٢٦ مدنى من أن قبول الوكيل للوكالة قد يتضح من اجراء العمل الموكل فيه فلم يشترط القانون علم الموكل بقبون الوكيل .

(٢) نظرية علم الموجب بالقبول . مقتضى هذه النظرية أن العقد لا ينعقد إلاّ منذ اللحظة التى يصل فيها القبول لعلم الموجب اى منذ الوقت الذى يتسلم فيه الرسالة المتضمنة للقبول . فصدور القبول فى ذاته لا يكفى لتكوين العقد بل يجب أن يعلم الموجب بهذا القبول .

ويبدو لنا أن نظرية الافصاح عن الارادة هو الأقرب إلى روح القانون وقد أخذت بها المحاكم المصرية (استئناف أهلى ٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ج ١٣ نمرة ٩٠ وسم ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ تق ج ٢٨ ، ٤٣) وقد جرى القضاء الانجليزى على هذه النظرية .

٢٦٤ — **فى التعاقد بالتليفون** . من المسائل المختلف فيها معرفة ما اذا كان التعاقد بالتليفون تسرى عليه قواعد التعاقد بالمكاتبة أم لا . والمتعاقدون بهذه الكيفية يتخاطبون رأساً كما لو كانوا حاضرين فى مجلس العقد لأن

الموجب يسمع قبول القابل أو رفضه ومن هذه الوجهة لا يعتبر التليفون كالتعاقد بالمكاتبة . لكن المتعاقدين بالتليفون من جهة أخرى ليسوا دائماً فى مكان واحد بل قد يكونان فى ممالك مختلفة . فقد يكون الموجب فى باريس والقابل فى لوندرة أو قد يكونان فى قارات مختلفة . فقد يكون الموجب فى برلين والطرف الثانى فى نيويورك . فاذا كان المتعاقدون فى ممالك مختلفة فكل ما ينشأ بينهم من منازعات تسرى عليه قواعد القانون الدولى الخاص كما لو كانوا تعاقدوا بالمكاتبة من أجل ذلك يتشابه التعاقد بالتليفون بالتعاقد بالمكاتبة من قِبَل الاختصاص اذا كان حاصلا بين أشخاص مقيمين فى أقطار مختلفة ويتشابه بالتعاقد فى مجلس العقد من قِبَل عدم انقضاء فترة من الزمن بين الايجاب والقبول ويعتبر المكان الذى صدر فيه القبول مكان العقد إلا إذا صرح المتعاقدون بخلاف ذلك أو تبين من ظروف الحال أنهم قصدوا مكاناً معيناً بالذات (ليون كان ج ٣ بند ٢٨)

المبحث الثالث — فى عيوب الرضا [1]

٢٦٥ — **تقسيم** . يفسد الرضا إذا وقع عن غلط أو اكراه أوتدليس وتقول المادة (١٣٣ / ١٩٣) « لا يكون الرضا صحيحاً إذا وقع عن غلط أو حصل باكراه أو تدليس » ويضاف الى ما تقدم الغبن الفاحش (م ٣٣٦ و٣٣٧/٤١٩ ، ٤٢٠)

المطلب الأول — فى الغلط De L'erreur

٢٦٦ — **تعريف** . الغلط هو تصور الأشياء على خلاف حقيقتها أو كما قال Doneau الغلط هو الاعتقاد بصحة ما هو باطل أو بطلان ماهو صحيح . والغلط الذى يقع من أحد العاقدين يتدرج فى خطورته فى ثلاث

(١) les vices de consentement

مراتب وتختلف آثاره فى كل مرتبة من المراتب . فقد يكون الغلط مانعاً من انعقاد العقد وقد يكون من شأنه أن يجعل التعاقد قابلا للبطلان (فاسدا) وقد يكون أخيراً بلا تأثير فى التعاقد

٢٦٧ — **الغلط المانع من انعقاد العقد** . وهو الغلط الحاصل فى :

(١) ماهية العقد . كما لو أراد شخص أن يبيع شيئاً الى آخر ثم سلمه اليه وتسلم الطرف الثانى هذا الشيء بصفة هبـــة أو اذا انتوى شخص أن يشترى منزلا ووقع على عقد ايجار . أو اذا وقع شخص أمى بختمه على ورقة معتقداً أنها طلب بضاعة مع أنها سند اذنى . فى كل هذه الأحوال لا تعاقد لأن كل عاقد قصد شيئاً مخالفاً لما قصده العاقد الآخر . ولا ينعقد العقد بسبب عدم تلاقى ارادتى العاقدين

(٢) الغلط فى موضوع العقد كما لو قصد شخص أن يبيع حصانه الأبيض واعتقد المشترى أن البيع حاصل عن الحصان الأسود . وفى هذه الحالة يعتبر ما حصل سوء فهم لا تعاقد .

(٣) الغلط فى سبب العقد . كما لو دفع موكل الى وكيل بالعمولة العمولة المتفق عليها معتقداً بأن الوكيل لم يكن طرفاً ثانياً فى التعاقد Cantre partie ثم تبين له بعد ذلك أن الوكيل اشترى لنفسه البضاعة التى كلف ببيعها فيجوز له أن يسترد العمولة التى دفعها [١] .

٢٦٨ — **الغلط المفسد للتعاقد** . وهو النوع الذى أشار اليه القانون فى المادة ١٣٤/١٩٤ « الغلط موجب لبطلان الرضا متى كان واقعاً فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد » [٢] والمقصود هو الغلط الذى يقع فى الصفات

---

(١) أنظر كتابنا شرح القانون التجارى ص ٣٢٧ و (د ، ٩٥ ، ١٠ ؛ ١ ، ٢٥)

(٢) يقول النص الفرنسى «... Quand elle porte sur le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat »

الجوهرية لموضوع التعهد وهى التى بسببها يتعاقد المتعاقدون . فاذا وقع الغلط فى صفة ثانوية لم ينظر اليها عند التعاقد فلا مانع من ظهور كل نتائج وآثار العقد. وتقدير الصفات الجوهرية متروك للقضاة وهم يسترشدون فى تقديرهم بقرائن الحال ونية المتعاقدين وقد مثل بوتييه على ذلك بشخص أراد أن يشترى مشعلا من الفضة فباعه المتعاقد معه مشعلا من النحاس عليه طلاوة من الفضة فالغلط هنا وارد على صفة جوهرية للمبيع لأن نوع المعدن هو الذى دفع الشارى على الشراء.

وليس كل غلط فى مادة الشىء يعتبر مفسداً للتعاقد إذا كانت المادة ليست لها إلا أهمية ثانوية فقد يشترى شخص مشعلا معتقداً أنه من الفضة والحال أنه من النحاس ويكون البيع صحيحاً متى كان المعتبر فيه قيمته الأثرية أو التاريخية أو الفنية وبالعكس قد لا يقع غلط فى مادة الشىء ولكن يقع الغلط فى صفة جوهرية كما لو بيع مشعل من الفضة أو تحفة أثرية باعتباره أثرياً وتبين أنه صنع حديثاً اذا كان الملحوظة فى التعاقد القدم . (سم ١٩ مارس سنة ١٩١٣ تق ج ٢٥ ، ٢٣٩) أو إذا بيعت صورة بزعم أنها من رسم مصور معين وتبين أنها من صنع خلافه (د ١٩٠٤ ، ١ ، ٦١١) أو اذا بيعت اوراق مالية وتبين انها سحبت بالقرعة واستهلكت (د ، ٩٢ ، ٥٧٢) أو اذا كفل شخص آخر أعتماداً على وجود رهن تبين أنه باطل (د ، ٩٥ ، ١ ، ٣٤٠) أو اذا بيعت الرقبة ومات المنتفع قبل البيع بدون علم البائع الذى ما كان يقبل البيع لو كان علم بالوفاة (د ، ٥٨ ، ١ ، ٢٧٧) أو الغلط فى جنس الماشية (ذكر أم أنثى) اذا كان للجنس مدخل فى كيفية الأستعمال ، أو اذا بيعت بالات مقفولة من البضائع بزعم أنها مماثلة تماماً للبضاعة الموجودة فى بالة مفتوحة (د ، ١٩٠١ ، ١ ، ٧١) أو البيع بمقتضى عينة اذا أختلف المبيع عنها (سم ١٣ مايو سنة ١٩١٥ جازيتة المحاكم المختلطة ج ٢ ، ٤٤٨) أو بيع آلة بخارية بزعم أن لها قوة معينة من الأحصنة البخارية على خلاف الحقيقة (سم ٢٧ مايو سنة ١٩٠٨ تق ج ٢٠ ، ٢٥٧) .

(١) الغلط فى الشخص . لم يشر القانون المصرى الى الغلط الحاصل فى شخص المتعاقد . والظاهر أن المشرع لم يقصد أن يخالف القانون الفرنسى الذى قضى بأن الغلط فى شخص المتعاقد غير مفسد للرضا متى كان شخص المتعاقد غير ملحوظ وقت التعاقد intuitu personœ فنى كثير من الأحوال لا تأثير لشخصية المتعاقد فالتاجر لا يهمه إذا كان المشترى بكراً أم خالداً وكل ما يهمه هو الربح أو الثمن الذى يبيع به . إنما إذا باع بالنسيئة معتمداً على ائتمان بكر وحصل البيع إلى خالد اعتبر الغلط جوهرياً . ويجوز إبطال التعاقد إذا تزوج رجل امرأة أو وهب مالا أو اشترك مع شريك فى شركة أو كلف فناناً بعمل متى ثبت حصول غلط فى شخصية المتعاقد الثانى وقد يعتبر الغلط جوهرياً إذا كان متعلقاً بصفة خاصة فى المتعاقد كمركزه الاجتماعى أو وظيفته . وحدث فى فرنسا أن باع رجل محله التجارى بزعم أنه وكيل أشغال ثم تبين أنه من ذوى السوابق وأنه باشر أعماله باسم منتحل وقد حكم بأن المشترى يجوز له إبطال البيع بحجة أن أخلاق البائع تعتبر عنصراً مهماً فى نجاح المحل لأن استمرار الزبن على التعامل مع المحل يتوقف على مبلغ ثقة الجمهور فى البائع . (د ، ٧١ ، ٢ ، ٧٩) كذلك تؤثر أخلاق مستأجر منزل فى العقد فاذا غلط المؤجر فى طريقة تعيش المستأجر جاز له أن يطلب ابطال العقد . واذا أجر المالك منزلا الى امرأة وتبين له بعد ذلك أنها بغى جاز له إبطال الاجارة [١] وكذلك الحال بالنسبة لعقد التأمين . فالغلط فى حرفة المستأجر يعتبر جوهرياً لأن خطر الحريق فى بعض الحرف أعظم منه فى البعض الآخر .

(٢) الغلط فى القيمة أو الثمن . الغلط فى القيمة أو الثمن لا ينهض سبباً لفساد التعاقد ويجب أن يكون الغلط وارداً على موضوع التعاقد أو إحدى صفاته فلا يدخل فى ذلك الغلط فى الثمن . وحكم بأن شراء مكتب

---

(١) Trib. Civ de Nantes, 16 Juill. 18994. J. Pal. 94-2-196

office لا يفسد بسبب كونه لم يأت بالأرباح المتوقعة الحصول (د ، ٩٠ ، ٢ ، ٤٥) ولا يجوز للبائع أن يطلب ابطال البيع بسبب ذكر الثمن بأقل من الحقيقة سهواً . وحدث فى مصر أن باع وكيل بالعمولة لؤلؤة مملوكة لموكله بأقل من الثمن الذى حدده الموكل فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الموكل لا يستطيع ابطال البيع وذلك لأنه لو كان الوكيل بالعمولة وكيلا عادياً وجاوز وكالته لما ارتبط الموكل بما صدر منه (م ٥٢٧ / ٦٦٨ مدنى) وليس هذا شأن الوكيل بالعمولة الذى يعمل باسمه (م ٨٧ / ٨٦ تجارى سم ١١ يناير ١٩٠٦ تق ١٧ ، ٧٢)

وإذا كان الغلط فى الثمن لا يترتب عليه فساد التعاقد إلا ان هذه القاعدة لا تسرى فى حالة ما إذا كان أحد العاقدين يعلم بالغلط الحاصل من العاقد الآخر . كما لو كان المشترى يعرف الثمن الحقيقى للمبيع وطالبه البائع سهواً بأقل من هذا الثمن ثم اكتشف البائع هذا الغلط فيجوز له أن يبطل التعاقد .

٢٦٩ — الغبن . أشار القانون المصرى الى الغبن فى المواد ٣٣٦ و٣٣٧ / ٤١٩ و ٤٢٠ ولا يترتب عليه فسخ التعاقد بل اعطاء القاصر الحق عند بلوغه الرشد أن يرفع دعوى بتكملة الثمن فى حالة الغبن الفاحش الزائد على خمس العقار المبيع . لذلك لا تسرى هذه المواد على بيع المنقول المملوك لقاصر (سم ١١ يناير سنة ١٩٠٥ تق ج ١٧ ، ٧٣) .

٢٧٠ — الغلط فى الباعث على التعاقد . لا يفسد التعاقد اذا كان الغلط متعلقاً بالباعث وذلك لأن البواعث التى تدفع النـــاس على التعاقد كثيرة ومتباينة .

وإذا جاز إبطال العقود بسبب الغلط فى الباعث لما سلم من الابطال الا العدد القليل منها ولما استقرت المعاملات بين الناس على أساس وطيد . أجل قد يكون الباعث على التعاقد عدم الاحاطة ببعض الوقائع على حقيقتها وانه

لو علم العاقد بها لما تعاقد ولكن ما دام أنه لم يقع غلط فى العقد فهو صحيح. فاذا باع شخص سيارته أو منزله على اعتقاد أنه سيغادر المدينة التى يقيم فيها وتبين له بعد ذلك فساد اعتقاده فلا يمنع ذلك من صحة البيع (د، ٩١، ١، ٣٥٢) وإذا اشتريت حصاناً لاعتقادى بنفوق أحد حصنى فلا أستطيع بعد ذلك ابطال البيع إذا ثبت فساد اعتقادى والخلاصة أن الغلط فى واقعة أجنبية عن التعاقد لا تؤثر فى صحته. على أنه توجد حالتان يؤثر فيهما الغلط على صحة التعاقد وهما:

(١) اذا علق التعاقد صراحة أو ضمناً على ظرف خارجى كما لو اشتريت حصانا وكان مفهوماً بين المتعاقدين أن ينفسخ البيع اذا لم يثبت خبر نفوق أحد حصنى

(٢) اذا كان الغلط الذى دفع أحد العاقدين الى التعاقد حاصلا بفعل العاقد الآخر. على أن الفساد فى هذه الحالة يكون أساسه الغش والتدليس.

٢٧١ — الغلط الكتابى. اذا تم التعاقد فلا يجوز ابطاله بسبب الغلط المادى erreur metérielle أو زلة القلم erreur de plume أو الخطأ الحسابى erreur de ca!cul ويجوز للمحكمة أن تجرى مقتضى العقد وتصحح الغلط مسترشدة فى ذلك بنية المتعاقدين:

ويسهل أحياناً تصحيح الغلط بالرجوع الى نفس الصك المثبت للتعاقد فقد يتبين أن البيان المغلوط مذكور على صحته فى موضع آخر. ولكن اذا لم يكن فى الاستطاعة اكتشاف تناقض فى عبارة العقد وكان التعاقد غير جائز اثباته بغير الكتابة فهل يجوز اثبات الغلط بالبينة ؟ الرأى الصحيح هو جواز الاثبات بالبينة لأن الغرض من الاثبات تصحيح العقد واثبات واقعة كان من المتعذر الحصول على إثباتها بدليل كتابى (د، ٨٧، ٢، ٢٥٩ وسم ٢ يناير سنة ١٩٠٨ تق ج ٢٠، ٤٦)

٢٧٢ — الغلط الحاصل فى القانون . لم يشر القانون المصرى الى الغلط الحاصل فى فهم القانون erreur de droit وقبل أن نفيض فى شرح هذا النوع من الغلط يجب أن نفرق بين نوعين من الغلط فى القانون :

(١) يحدث كثيراً أن تتضارب آراء الشراح وتتناقض أحكام المحاكم فى المسألة الواحدة فاذا أخذ أحد العاقدين برأى من الاراء ورجحه على بقية الآراء الأخرى فلا يجوز له أن يطعن فى العقد بسبب الغلط فى فهم القانون.

(٢) انما توجد مبادىء قانونية ثابتة ومقررة لا خلاف فيها بين الشراح وبين أحكام المحاكم . فاذا قضى القانون بأنه لايجوز للجار أن يكون له على جاره مطل مقابل على خط مستقيم بمسافة أقل من متر واحد (م ٣٩/٦١ مدنى) فلا محل بعد ذلك للجدل أو المناقشة . أو اذا قضى القانون بأن من بنى منزلا بأدوات مملوكة لغيره وجب عليه دفع قيمتها ولا يسوغ لمالك الأدوات أن ينتزعها من موضعها (م ٦٤ مدنى) فهذه أيضاً قاعدة لا تقبل الجدل وثابتة ثبوت القوانين الطبيعية كقانون الجاذبية . فاذا تعاقد شخص بسبب غلطه فى تفهم هذه الحقائق القانونية الثابتة جاز له أن يطلب ابطال العقد كما لو كان الغلط وارداً على واقعة من الوقائع الجوهرية . والقائلون بهذا الرأى يعتمدون على الحجج الآتية : —

(١) لا محل للتفرقة بين الغلط فى الوقائع والغلط فى القانون . فالشخص الذى تعاقد نتيجة غلطه فى فهم القانون ، حقيق بالحماية ولا يختلف عن الشخص الذى تعاقد بسبب غلطه فى الوقائع ما دام أنه ما كان ليتعاقد لو لم يخطىء فى فهم القانون (كابتان ج ٢ ص ٢٧٧) .

(٢) لو كان المشرع قصد التفرقة بين الغلط فى الوقائع والغلط فى القانون لذكر ذلك ولكنه اكتفى بذكر الغلط . والدليل على ذلك أن القانون الفرنسى (م ٢٠٥٢ مدنى فرنسى) لا يجيز الطعن فى الصلح اذا حصل نتيجة غلط فى القانون . ويقضى القانون المصرى بأنه لا يجوز الطعن فى الصلح إلا

بسبب تدليس أو غلط محسوس واقع فى الشخص أو فى الشىء أو بسبب تزوير السندات التى على موجبها صار الصلح و تبين بعده تزويرها (م٥٣٥/٦٥٧ مدنى) وسكوت القانون المصرى لا يدل على أنه قصد مخالفة القانون الفرنسى، ويقضى القانون الفرنسى بأن الاعتراف القضائى لا يجوز الرجوع فيه بسبب غلط فى القانون (م ١٣٥٦ مدنى فرنسى) . ولم تشر المادة المصرية إلى هذه الحالة (م ٢٢٣ / ٢٩٨ مدنى) واشارة القانون للغلط القانونى فى هاتين المادتين دليل على أنه قصد أن يعتبر هذا الغلط مفسداً للتعاقد فى العقود الأخرى .

وهناك رأى آخر مقتضاه أن الغلط فى القانون غير مفسد للتعاقد . والحجة التى يرتكن عليها أنصار هذا الرأى تتلخص فى أنه من القواعد المقررة أن لا يقبل العذر بجهل القانون ignorantia juris neminem exusat لكن هذه القاعدة ليست واردة فى القانون المدنى ولا تصدق إلا فى المسائل الجنائية حتى لا يفلت المجرمون من العقاب بدعوى جهل القانون . ويذهب بعض الشراح فى فرنسا إلى وجوب الحكم ببراءة المتهم اذا أثبت أن الفعل المنسوب اليه صار معاقباً عليه بقانون لم يصل الى علمه (جاروج ١ ص ٥٥٧) . والخلاصة أن قاعدة عدم الاحتجاج بجهل القانون لا تسرى على المسائل المدنية .

ولأجل أن يستطيع العاقد أن يبطل التعاقد المبنى على الغلط القانونى يجب عليه أن يثبت أن هذا الغلط هو الذى دفعه إلى الرضا [1] فاذا كانت المسألة محل خلاف واتفق المتعاقدون على وجهة نظر معينة ولم تأخذ بها المحكمة فيما بعد فلا يجوز ابطال التعاقد .

ويكثر وقوع الغلط القانونى فى حالة الوفاء بزعم أن التعهد مشروع . واذا كان أساس الاسترداد هنا هو شبه تعاقد إلا أن الوفاء الحاصل بطريق الغلط يعطى للموفى حق الاسترداد سواء أكان الغلط فى الوقائع أم فى القانون .

---

(١) motif prinipal et déterminant de l'engagement نقض فرنسى ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ ، ٩٨ ، ١ ، ٣٠١

٢٧٣ — هل يشترط فى الغلط المفسد للتعاقد أن يكون متبادلا . يرى جمهور الشراح أنه لا يشترط لفساد التعاقد أن يكون الغلط حاصلا من كل من المتعاقدين . فيكفى أن يكون أحد المتعاقدين وقع فى الغلط للقول بفساد التعاقد وذلك للأسباب الآتية :

(١) لم يفرق القانون بين الغلط الحاصل من المتعاقدين والغلط الحاصل من أحدهما .

(٢) من القواعد المقررة أن عيوب الرضا كالتدليس والاكراه تفسد التعاقد إذا وقعت على ارادة أحد المتعاقدين . ولا محل لتطبيق قاعدة أخرى بالنسبة للغلط .

(٣) الغلط الحاصل فى شخص المتعاقد مفسد للتعاقد ولا يشترط أن يكون مشتركا .

وهذا الرأى على مافيه من منطق قانونى يثير الملاحظات الآتية :

(١) لايتفق هذا الرأى أحياناً مع العدالة فقد يشترى شخص صورة معتقداً أنها من رسم أحد مشاهير الرسامين بثمن يقل عن قيمتها بهذا الاعتبار على زعم منه أن البائع غير عالم بقيمتها الحقيقية ثم يتبين له بعد ذلك أن الصورة من رسم أحد الرسامين المجهولين . فليس من العدل فى هذه الحالة أن نمكن المشترى من فسخ البيع . من أجل ذلك ذهبت المحاكم إلى أنه يشترط أن يكون الغلط واقعاً من طرفى التعاقد للقول بفساد التعاقد وبشرط أن يكون الغلط وارداً على صفة جوهرية متفق عليها صراحة أو ضمناً أو مستفادة من قرائن الأحوال (د ، ٨٧ ، ١ ، ١٠٥)

(٢) إذا أجزنا لمن كان سيئاً فى الغلط أن يطلب فسخ التعاقد وجب عليه أن يدفع للطرف الثانى الحسن النية تعويضاً معادلا للضرر الذى لحقه بسبب عدم احتياط وخفة العاقد معه . ويقدر هذا الضرر على أساس المنفعة التى كانت تعود على العاقد الحسن النية فى حالة عدم تعاقده مع هذا الشخص .

٢٧٤ — فى الغلط الذى لا يؤبه به لا تأثير للغلط فى العقد إذا وقع فى غير ماذكر . والقاعدة العامة التى يشترشد بهاهى أن الغلط لا يؤثر فى التعاقد إذا تبين أن أحد المتعاقدين كان يبرم الصفقة حتى لو كان واقفاً على أسباب الغلط . وبعبارة أخرى لا يؤثر فى التعاقد إلا الغلط الجوهرى فاذا كان الغلط وارداً على صفة ثانوية فلا يؤبه به مثال ذلك .

(١) الغلط فى يسر المتعاقد لا يفسد التعاقد (د ، ٧٥ ، ١ ، ١٠٥) .

(٢) الغلط فى الباعث على التعاقد لا يفسد الرضا الا اذا ذكر فى العقد كشرط أساسى .

(٣) الغلط فى الثمن أو القيمة (وراجع م ٣٣٦/٤١٩ مدنى) .

(٤) الغلط فى المادة المصنوع منها الشىء المبيع إذا كان الملحوظ وقت التعاقد القيمة الأثرية أو الفنية ومن باب أولى إذا كان الغلط وارداً على المادة المصنوع منها أحد الأجزاء الثانوية للشىء المبيع . كما لو بيعت ريشة aigrette باعتبار أنها ذهب وتبين أن دبوسها فضة مموهاً بالذهب فلا يكون هذا سبباً فى فساد التعاقد متى تبين أن المادة المصنوع منها الدبوس لم تكن جوهرية وقت التعاقد فى رأى المتعاقدين (سم أول ديسمبرسنة ١٩٠٤ تق ج ١٧،٢٨)

(٥) الغلط فى شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته ملحوظة وقت التعاقد

٢٧٥ — فى اثبات الغلط . المكلف باثبات الغلط هو الطرف الذى يدعى وقوعه وتختلف كيفية الاثبات تبعاً لظروف الحال مع مراعاة الحالة الصحية والعقلية للمتعاقدين ومبلغ خبرتهم ودرجة تعليمهم .

٢٧٦ — فى الآثار المترتبة على فساد التعاقد بسبب الغلط . يترتب على فساد التعاقد وقوع خسارة على أحد العاقدين واستحقاقه تعويضاً خصوصاً اذا كان حسن النية وكان الغلط نتيجة إهمال الطرف الثانى . ولكن إذا لم يمكن نسبة أى إهمال فهل يستحق التعويض ؟ من المبادىء الأساسية فى القانون أن لا مسئولية بدون خطأ (Bufnoir: propriété et contrat p 595) .

ولا تعرض مسائل التعويض غالباً إلا فى الأحوال التى يقع فيها خطأ فى إيصال العرض أو القبول . مثال ذلك : أرسل تاجر تلغرافاً الى وكيله يأمره أن يبيع بضاعة معينة بثمن أدنى قدره ١٦٥ فرنكا ولكن التلغراف الذى تسلمه الوكيل ذكر فيه أن الثمن ١٣٩ فرنك وبناء على ذلك باع الوكيل البضاعة بسعر ١٤٠ فرنك وقد قضت محكمة Amiens بأن البائع يجوز له أن يفسخ البيع بسبب انعدام الرضا (اميان ١١ مايوسنة ١٨٥٤ د ، ٥٩ ، ٢ ، ١٤٧).

ولكن هل يسأل مرسل التلغراف عن تعويض المرسل اليه بسبب ما أصابه من الضرر ؟ يرى جمهور المحققين أن المرسل مسئول عن تعويض الضرر (ليون كان ج ٣ بند ٢٣) وتتلخص أسانيدهم فيما يأتى :

(١) اختيار المرسل التلغراف كطريقة لايصال ارادته الى المرسل اليه يدل على أنه فضل هذه الطريقة على ما سواها مع علمه باحتمال وقوع أغلاط وقد كان فى مقدوره ان يتخذ طريقة أخرى ولكنه لم يفعل وفضل الطريقة المحفوفة بالأخطار

(٢) يضمن مرسل التلغراف صحة وصول الرسالة بسبب اختياره هذه الطريقة المحفوفة بالأخطار والتى تعرض المرسل اليه للخسارة . لذلك يعتبر أنه ضامن ضمناً ما يحتمل وقوعه من الضرر على المرسل اليه .

(٣) تعتبر مصلحة التلغراف وكيلة عن المرسل . والقاعدة أن الموكل يسأل عن الأخطاء الحاصلة من الوكيل .

المطلب الثانى — فى الاكراه — (Violence)

٢٧٧ — فى الاكراه الذى لا يؤثر فى الحقوق بوجه عام . تتأثر إرادة الأشخاص بقوة الظروف بكيفية تؤثر فى الحقوق . وهذه القوة الخارجية تتخذ أشكالا مختلفة فقد تكون كارثة طبيعية كفيضان أو حريق أو طاعون وقد تكون هذه القوة من فعل الانسان كالاكراه الحاصل من

عدو مسلح أو من غوغاء أو حمل شخص على آخر بالوعيد . وهذه القوة الخارجية على أية صورة كانت تؤثر فى الحقوق فتعوق إنشاؤها أو تمنع أو تعدل كيفية مباشرة هذه الحقوق . والقاعدة العامة أن من يقع عليه الاكراه يحميه القانون من كل ضرر يحيق به إلا إذا أمكن نسبة خطأ اليه أو اذا كان مسئولا عن الخطر أو الهلاك بمقتضى القانون أو الاتفاق فاذا التزم شخص بمقتضى القانون أو الاتفاق بأن يقوم بعمل فى ميعاد معين ومنعته قوة قاهرة من العمل فى الميعاد المعين فلا يسأل عن تعويض الضرر الناشىء عن التأخير . وتسرى هذه القاعده على الأحوال التى تمنع فيها القوة الخارجية من اكتساب الحقوق كما لو منع شخص بالقوة من التعاقد مع آخر فيجوز للمكره أن يطالب المكره بالتعويض فلا يجوز لنقابة أن تمنع العمال بالقوة من العمل لدى رب مصنع (د ، ١٩٠٣ ، ٢ ، ٣٣٩ ، وس ١٩١٢ ، ٢ ، ٩٧) .

وليس مرادنا هذا النوع من الاكراه الذى يمنع انعقاد العقود أو يحول دون نفاذها ولكن مرادنا الاكراه المعتبر عيباً من عيوب الرضا .

٢٧٨ — الإكراه المبطل للتعاقد . الاكراه هو حمل الانسان على ما يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه بالوعيد . ولا يكون الاكراه موجباً لبطلان التعاقد إلا إذا كان شديداً بحيث يحصل منه تأثير فى ذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة (م١٣٥/١٩٥مدنى) .

ويشير القانون فقط الى الاكراه الذى يحمل الانسان على الرضا لخوفه مما يقع عليه لو لم يقبل ،كما لو صوب شخص مسدساً على آخر وخيره بين التوقيع على صك أو القتل فاذا اختار المكره التوقيع فيكون قد اختار أهون الشرين ، لذلك يعتبر مختاراً وراضياً بالتعاقد ولكنه ليس حراً فى رضائه . ويجب أن نفرق بين هذه الحالة وحالة انعدام الارادة كامساك يد شخص واضطراره الى التوقيع على شيك فلا تعتبر الامضاء صادرة من المكره . وكذلك الحال بالنسبة لمن يقع تحت سلطة منوم مغناطيسى لا يعتبر راضياً

لأن أفعاله تصدر بايحاء المنوم وهو ما يعدم الرضا بتاتاً وهذه التفرقة تقضى بها طبائع الأشياء وأخذت بها القوانين الحديثة (القانون المدنى الألمانى مادة ١٠٥ و ١٢٣ وقانون التعهدات السويسرى مادة ٢٩) .

والاكراه الذى تشير إليه القوانين هو الذى لا يمنع انعقاد العقود ولكنه موجب لفساد المشارطة بناء على طلب من وقع عليه الاكراه .

٢٧٩ — في شروط الاكراه · يشترط فى الاكراه المبطل للتعاقد توافر الشروط الآتية :

(١) لا يكون الاكراه مبطلا للمشارطة الا اذا كان شديداً بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة فلا يشترط أن يكون الاكراه من شأنه أن يؤثر فى أقوى الناس وأثبتهم جناناً .

(٢) يجب أن يولد الاكراه فى نفس المكره الخوف من وقوع ضرر بليغ ولا يشترط فى الاكراه أن يكون واقعاً على الجسم أو المال بل قد يكون أدبياً . ومثال الاكراه المادى تصويب مسدس على رأس انسان لحمله على الرضا أو الضرب المبرح لكن الغالب أن يكون الاكراه أدبياً كالتهديد بالأذى عند عدم الرضا أو النيل من شرف الشخص . وتقدير الظروف التى يستفاد منها الاكراه متروك للحاكم .

(٣) يجب أن يقع الوعيد على نفس الشخص الخائف أو أحد أقربائه فلا يشترط أن يقع الاكراه على شخص المتعاقد بل يصح أن يكون موجهاً الى أحد أصوله أو فروعه أو الى أحد الزوجين أو أحد أصدقائه .

(٤) يجب أن يكون الاكراه حاصلا وقت التعاقد . أما الأذى الذى يلحق المكره فلا يشترط فيه ذلك إذ الغالب أن يكون مستقبلا .

(٥) يجب أن يكون الاكراه مخالفاً للقانون فاذا كان نتيجة استعمال حق قانونى فلا يكون مفسداً للتعاقد . فاذا هدد الدائن مدينه بالتنفيذ على أمواله إن لم يقرر رهناً لمصلحته أو اذا هدد السارق بالتبليغ إن لم يرد الشىء

المسروق ويدفع تعويضاً كل هذا لا يعتبر اكراهاً . كذلك لا يعتبر اكراهاً طلب تحويل الدين الطبيعى الى دين مدنى كما لو عاشر رجل امرأة عدة سنين ثم هجرها فهددته باذاعة ما كان بينهما من علاقة إن لم يعوضها عن الضرر الذى لحقها بسبب تركها . إنما يجب أن لا يكون استعمال الحق أداة للنصب وابتزاز أموال الغير بلا وجه حق وإلا اعتبر اكراهاً وذلك لأن استعمال الحقوق لا يجوز أن يكون بأى حال من الأحوال وسيلة للاستيلاء على أكثر مما يوجبه القانون . والأمثلة على ذلك كثيرة : فالتهديد باشهار الافلاس وسيلة قانونية يلجأ اليها الدائن لاقتضاء ديونه من مدينه التاجر لكن اذا استعمل الدائن هذه الوسيلة للحصول على أكثر مما يستحق اعتبرت اكراهاً (سم ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ تق ج ٩ ، ٥٨) والقبض على شخص متلبس بجريمة يعرضه للعقوبات الجنائية والتعويض المعقول . لكن يجب أن لا يستفيد المجنى عليه من هذا الظرف فيحصل على مبلغ جسيم كما لو داهم زوج رجلا مع زوجته فى المحل المخصص للحريم بحالة مريبة وحمله على التوقيع على سند أو كمبيالة (د ، ٥٤ ، ٢ ، ١٨٩) ومحل البحث هنا هو معرفة ما إذا كان المكره يقصد حقيقة استعمال حق مشروع أم أنه يتخذ حقه ذريعة لابتزاز أموال الناس . وتقدير هذه الظروف متروك للمحاكم .

ولكن هل يعتبر خوف الفروع من الأصول المبنى على الطاعة اكراها ؟ لا نزاع فى أنه لا يعتبر اكراهاً اختيار شخص العمل بكيفية معينة ارضاء لشخص آخر . ولكن يمكن القول من جهة أخرى بأنه اذا كانت علاقة شخصين ببعضها علاقة سيد بمسود أو علاقة رئيس بمرؤوس فالتهديد الحاصل من أحدهما على الآخر قد يعتبر اكراهاً مفسداً للتعاقد ولو كان بطبيعته طفيفاً لو لم توجد بينهما هذه العلاقة كخوف الزوج من غضب زوجها أو خوف الخادم من غضب سيده يعتبر اكراهاً أدبياً (أوبرى وروج ٤ بند ٣٤٣ ص ٤٠٢ و د ، ١٩٠٣ ، ١ ، ٣٠١)

٢٨٠ — أمثلة على الاكراه الادبي . المحاكم هى التى تقدر ظروف الحال وتستخلص منها صحة أو فساد التعاقد بسبب الاكراه . ونورد فيما يلى أمثلة على الاكراه الأدبى : هدد مدير شركة بعض المستخدمين بالطرد إن لم يوقعوا على كمبيالات (د ٩٣ ، ٢ ، ٣٥٩) . استغل قسيس مخاوف شخص مريض فى مرض الموت وحمله على تحرير وصية لآخر (د ٦٤ ، ١ ، ٣١٠) . هدد زوج زوجه باقامة دعوى الزنا إن لم توقع على مخالصة (د ، ١٩٠٣ ، ١ ، ٣٠١) . هددت شركة تأمين بالتبليغ عن أب المستأمن بأنه وضع النار عمداً فى المبانى المؤمنة إن لم يتنازل عن حقه فى التعويض (س ، ١٠٨١ ، ٢٤٢) . هدد أفراد فرقة موسيقية مدير المحل بالاضراب عن العمل فى اليوم المحدد للعمل ، هدد شخص آخر بالافضاء الى خطيبته بأشياء ماسة بكرامته (د ، ١٩٠٢ ، ٢ ، ٤٧٤) . هدد ابن والده بالانتحار أو الالتحاق بفرقة طيران إن لم يقبل الوالد التعاقد معه على شىء معين .

٢٨١ — فى الاكراه الحاصل من غير المتعاقدين . سنرى فيما بعد أن التدليس لا يجوز الاحتجاج به إلا على فاعله . ولا تسرى هذه القاعدة على الاكراه فيجوز الاحتجاج بالاكراه ولو لم يكن حاصلا بفعل أحد المتعاقدين أو كان جاهلا به . وقد أشارت المادة ١١١١ من القانون المدنى الفرنسى الى هذه الحالة أما القانون المصرى فقد أغفلها لكنه لم يقرر قاعدة مخالفة لها . وحكم بأن المشرع المصرى لم يقصد مخالفة القانون الفرنسى (سم ١١ ابريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ج ١٣ ، ١٧١) وهذه التفرقة قديمة ترجع الى القانون الرومانى ويمكن تبريرها بالاعتبارات الآتية :

(١) من العسير أن يحمى الانسان نفسه من الاكراه فى حين أن الانسان يستطيع أن يحمى نفسه من الغش والتدليس وذلك لأن المكره يحمل على سرعة البت فيما يعرض عليه فاذا هدد شخص آخر بالقتل إن لم

يوقع على عقد فى صالح شخص ثالث فلا محل للتفكير أو لارجاء الأمر الى وقت آخر. وفى الواقع تعتبر ارادة العاقد غير حرة . لكن اذا حاول شخص أن يقنع شخصاً آخر بالتوقيع على عقد بطريق التدليس ففى مقدور هذا الأخير أن يتريث فى الأمر وهذه الحالة يجب أن تثير شكوكه بسبب الالحاح فى توقيع عقد ليس له مصلحة ظاهرة فى إبرامه.

(٢) اذا اضطربت الأحوال فقد يستطيع رئيس عصابة أن يحمل شخصاً على التعاقد لمصلحة كل أفراد العصابة وليس من العدل فى هذه الحالة أن نكلف المكره على إقامة الدليل بعلم كل أفراد العصابة بالاكراه الحاصل وقت التعاقد.

٢٨٢ — *فى حكم التعاقد فى ظروف قهرية او عارضية* . يحدث أن يتواجد شخص فى ظروف قهرية ويتعاقد فى هـــذه الظروف التى لم يكن للطرف الثانى مدخل فيها كما لو اختطفت عصابة من الأشقياء رجلا وتعهد المخطوف أن يدفع مبلغاً جسيما الى شخص نظير مساعدته له على الفرار مع افتراض أن المتعهد له ليس له شأن بالخطف. أواذا شارفت سفينة على الغرق ومرت بها فى هذه اللحظة سفينة أخرى ولم يقبل ربانها المساعدة على النجاة إلا نظير مبلغ جسيم غير متناسب مع الجهد المبذول . يرى بعض الشراح أن التعاقد يجوز إبطاله بسبب الاكراه بشرط أن يقضى بتعويض معقول الى الطرف الثانى (ليون كان ج ٦ ، ١٠٧٠) وقد أخذت المحاكم المختلطة بهذا الرأى فأجازت ابطال التعاقد الحاصل لنجاة سفينة بسبب عدم حرية ارادة القبطان (٢٢ مارس سنة ١٨٩٩ تق ج ١١ ، ١٦٦) والظاهر أن هذا الرأى متفق مع عبارة المادة ١٣٢م / ١٩٣ مدنى .

المطلب الثالث — فى التدليس — (Du Dol)

٢٨٣ — تعريف . التدليس هو كل ما يقع من أحد المتعاقدين من ضروب الختل والاستهواء وقت التعاقد ليولد اعتقاداً غير صحيح يحمل المتعاقد الآخر على التعاقد ، وتقول المادة ١٣٦ / ١٩٦ مدنى « التدليس موجب لعدم صحة الرضا اذا كان رضا أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى » .

٢٨٤ — فى اركان التدليس . للتدليس ركنان ، ركن مادى وركن معنوى

(١) فى الركن المادى : تفترض المادة ١٣٦ / ١٩٦م استعمال حيل بمعرفة أحد المتعاقدين للقول بوجود التدليس . والمقصود من الحيل الطرق الاحتيالية التى يعمد اليها أحد المتعاقدين بقصد ادخال الغش على المتعاقد الآخر . ولكن هل يشترط حصول فعل إيجابى يلقى فى روع المتعاقد صدق الوقائع أم يكفى مجرد الكذب أو عدم البوح بما يجب افشاؤه ؟ ترى المحاكم المختلطة فى بعض أحكامها أن الكذب البسيط le simple mensonge لا يكفى لتكوين التدليس المفسد للرضا وأنه يشترط فى الطرق الاحتيالية أن تكون مؤثرة بطبيعتها فى الرجل ذى الذكاء العادى ، أما الكذب البسيط الذى يسهل اكتشافه فلا يعتبر من الطرق الاحتيالية (سم ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ تق ج ٢٨ ، ٤٨) والظاهر أن المحكمة اعتمدت فى حكمها على أن الكذب لم يكن الباعث على التعاقد . اذ أنه من الخطل أن نقرر بصفة عامة أن الكذب لا يعتبر تدليساً وأنه لا يفسد الرضا بل يجب أن نبحث ظروف الحال لتعرف مبلغ ما كان للكذب من تأثير فى ارادة المتعاقد . فمن الأمور المشاهدة فى التجارة أن يبالغ التاجر فى ذكر محاسن بضاعته ويتزيد فى القول ويختلق أشياء ليست

صحيحة ، وما دام التاجر ملتزماً حدود الاطراء العام فلا يعتبر مدلساً مهما كانت بياناته ملفقة ومخترعة ، والسبب فى ذلك هو أن المشترى فى مقدوره أن يتحقق من صحة البيانات التى يدلى بها التاجر ولا يمكن أن ينخدع بها وقد أسمى لارومبير هذا الكذب التدليس المباح dol toléré (سم ٣ ابريل سنة ١٨٩٧ تق ج ٩ ، ٢٦٣) فقد يتغنى مالك عقار بمزاياه ، ويتحدث مؤسسو شركة عن مستقبلها الزاهر ، لكنهم ما داموا ملتزمين العموميات فلا تدليس (د ٦٢ ، ١ ، ٤٤٩) انما اذا أفضى البائع ببيانات كاذبة ومعينة حملت المشترى على الرضا فيعتبر هذا تدليساً حتى لو كان البائع لم يلجأ الى حيل mise en scène ويتبين التدليس بجلاء اذا اقترن الكذب بواقعة تؤكده . ولنأت ببعض الأمثلة : أراد بكر أن يبيع أسهماً الى خالد . وأعطى بكر قبل ذلك الى زيد الخيار فى شراء السهم بسعر ٢٦٠ فرنكا وتمكن بكر من حمل زيد على أن يكتب الى خالد خطاباً يقول فيه أن السهم ثمنه ٢٩٠ فرنكا واشترى خالد أسهماً بسعر ٢٩٠ فرنكا اعتماداً على هذا الخطاب (د ، ١٩١٠ ، ١ ، ٥٢٨) .

ألقى فى روع شاب أن يشترى مخطوطات قديمة منسوبة الى أحد مشاهير الكتاب Saint-Simon على أن يكون له امتياز نشرها واستدعى البائع شخصاً ادعى أنه اخصائى فى نشر هذه المخطوطات وتبين أن هذه المخطوطات معروفة من قبل وموجودة فى دار الكتب Bibliothèque Nationale وان معظمها ليس من تأليف هذا الكاتب أو على الأقل مشكوك فى نسبتها اليه (د ١٩٠٣ ، ١ ، ٣٠٢) اشترك شاب غر فى شركة اعتماداً على ميزانية ملفقة .

أما فيما يختص بالكتمان réticence فالقاعدة العامة انه لا يعتبر تدليساً بالمعنى المقصود فى المادة ١٩٦/١٣١م (سم ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ تق ج ٢٧ ، ٣٥٠) فأحد طرفى التعاقد غير ملزم بوجه عام أن يفضى الى الطرف الثانى بكل المعلومات التى لديه ليتمكن من البت فيما يعرض عليه ، ومن باب أولى

لا يلزم بابداء رأى معين فاذا اشترى شخص قطعة أرض لأجل اقامة فندق فليس البائع ملزماً بأخبار المشترى بأن هذه الفكرة سخيفة وأنها ستجر عليه الخراب وأنه يغامر بأمواله

لكن هذه القاعدة ليست صحيحة على اطلاقها بل يرد عليها قيد مهم وهو أن لا يفرض القانون على أحد طرفى التعاقد البوح بالمعلومات التى لديه (بلانيول بند ١٠٦١ وكابتان ص ٢٨٤) ويسمى هذا النوع من التدليس « التدليس السلبى dol négatif مثال ذلك ما أشارت اليه المادة ٣٠٠ / ٣٧٤ من القانون المدنى المتعلقة بضمان البائع التعرض القانونى الحاصل للمشترى ، فهذه المادة تلزم البائع أن يفضى الى المشترى بالحقوق العينيــة المقررة على العقار (سم ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ تق ج ٢١ ، ٢٧٧) ، والبائع لعقار أو لمنقول ضامن للمشترى العيوب الخفية فى المبيع اذا كانت تنقص القيمة التى اعتبرها المشترى أو تجعل المبيــــع غير صالح لاستعماله فيما أعد له (م ٣١٣ و ٣٢١ / ٣٨٧ و ٣٩٦ مدنى) ويعتبر تدليساً عدم اخبار البائع عن عيب فى حصان كالرفس . والمشترى هو الذى يكلف باقامة الدليل على علم البائع بهذا العيب وعدم بوحه به (د ، ١٩١٢ ، ٢ ، ٩٧) ويرى الشراح أن اشتراط البائع عدم الضمان لا يخليه من تعويض الضرر المترتب على تدليسه (بودرى ، البيع بند ٤٢١) وحكم فى فرنسا أن الحوالة الحاصلة لمصلحة وكيل مكلف بتحصيل الدين يجب ابطالها بسبب الغلط والتدليس اذا كان المحال لم يخبر المحيل بكل الظروف المحيطة بالدين وأمكنه بهذه الكيفية أن يشترى الدين بثمن بخس فى حين أن تحصيل الدين بأكمله من المدين كان محققاً (د ، ٦٣ ، ١ ، ٣٠٢) وحدث أن فريقا من الأتراك المعوزين الأميين باعوا ديناً الى أحد اليونانيين المقيمين فى مصر بثمن أقل كثيراً من المبلغ الذى استطاع اليونانى أن يحصله من المدين فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بفساد الحوالة بسبب اخفاء المحال عن المحليين بعض الحقائق المادية (سم

١٢ يونيه سنة ١٩٠٢ تق ج ١٤ ، ٣٤٧) ، ويتعرض عقد التأمين للبطلان إذا أخفى المستأمن عن المؤمن حقائق تؤثر فى الخطر الذى يتعرض له المؤمن ، واذا كان واجب البوح والافاضة بالحقائق التى يعلمها أحد المتعاقدين ظاهراً فى الحوالة والتأمين الا أن هذا الواجب لا يظهر بجلاء فى العقود الأخرى . لكن المحاكم لها سلطة التقدير تبعاً لظروف الحال كعلاقة المتعاقدين ، إنما إذا تحققت المساواة بين المتعاقدين وكان فى مقدورهم أن يعاينوا ويفحصوا موضوع التعاقد فلا محل للقول بالتدليس بسبب الكتمان

(٢) فى الركن الأدبى : يجب أن يتوافر لدى المدلس نية التدليس أى نية استهواء المتعاقد وايقاعه فى الخطأ ، لذلك لا يعتبر الاهمال تدليساً بسبب عدم توافر نية التدليس .

٢٨٥ — *فى شروط التدليس المفسد للرضا* . يشترط فى اعتبار التدليس مفسداً للرضا أمران :

(١) يجب أن يكون التدليس هو الدافع الحامل على التعاقد cause déterminante du contrat وهو ما صرحت به المادة ١٣٦ / ١٩٦ حيث اشترطت لوقوع التدليس أن يكون رضا أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل بحيث لولاها لما رضى . ولا شك فى أن هذه مسألة نسبية تختلف من شخص الى آخر فليس للمحكمة أن تبحث فيما اذا كان التدليس كافياً لخدع رجل عاقل . فالشاب الغر يسهل خدعه (د ، ٣ ، ١٩٠٣ ، ٣٠٢) والرجل الذى أضعفه المرض أو السن أو تعاطى المخدرات والمسكرات يسهل خدعه (د ، ٢٨١ ، ٢٨٤) والنساء الممنوعات من الخروج لقضاء حوائجهن — ذوات الخدر — يسهل وقوعهن فى شراك المدلسين فى حين أن السافرات أو المحترفات بحرفة معينة أشد مراساً وأبعد منالا . والأشخاص الأميون يسهل خدعهم (سم ١٣ يناير سنة ١٩٠٢ تق ج ١٤ ، ٣٤٧) لكن أمهر الطرق الاحتيالية وأوقعها فى

النفس لا يعتبر تدليساً مفسداً للرضا اذا تبين للمحكمة أنها لم تؤثر فى اعتقاد المتعاقد وانه كان محيطاً بكل الحقائق (سم ٣ يونيه سنة ١٩١١ تق ج ٢٣ ، ٣٥١ وسم ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ تق ج ٢٢ ، ٢١١ وسم ٢٢ فبراير سنة ١٩١٢ تق ج ٢٤ ، ١٦٤)

ولا يشترط فى الغلط الحاصل بتأثير التدليس أن يكون جوهرياً فاذا كان الغلط فى قيمة الشىء المبيع أو فى يسر أحد المتعاقدين لا يعتبر غلطاً جوهرياً مفسداً للتعاقد إلا أن وقوع هذا الغلط من طريق التدليس يكفى لفساد الرضا (كابتان ج ٢ ص ٢٨٥ وأوبرى وروج ٣ بند ٣٤٣ مكرر)

(٢) يشترط فى التدليس كما جاء فى النص العربى للمادة ١٣٦ / ١٩٦ من القانون المدنى أن يكون حاصلا من المتعاقد الآخر . ولم يرد هذا الشرط فى النص الفرنسى ولا فى الترجمة الانكليزية للقانون المدنى واذا كان النص العربى هو فى الواقع ترجمة النص الفرنسى إلا أن النص العربى هو النص الرسمى الذى يجب الرجوع اليه والتعويل عليه (١)

وهذه القاعدة مأخوذة من القانون الرومانى (جيرار ص ٤٦٢) ويمكن تبريرها نظرياً بالكيفية الآتية : إن القول بابطال التعاقد بسبب التدليس ، الحاصل من الغير لا يتفق مع العدل ويفضى الى تحميل المتعاقد البرىء جريرة شخص مذنب ويجوز لمن أدخل عليه التدليس أن يطالب المدلس بالتعويض لكن التدليس يفسد الرضا اذا اشترك أحد المتعاقدين مع الغير فى ارتكاب التدليس ، ولا يشترط أن يكون الاشتراك فعلياً فيكفى أن يعلم أحد المتعاقدين بالطرق الاحتيالية التى يأتيها الغير على المتعاقد الثانى لفساد الرضا بسبب

---

(١) منشور لجنة المراقبة القضائية المؤرخ ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ نمرة ١ المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية عدد ١٠٤ وحكم محكمة النقض المؤرخ ١٩ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية ج ١٩ عدد ١٩ . ويلاحظ أن عبارة النص العربى متفقة مع المادة ١١١٦ من القانون المدنى الفرنسى

التدليس (بلانيول ج ٢ بند ١٠٦٣) والتدليس الحاصل من ممثـــل أحد المتعاقدين يفسد الرضا . وإذا تعدد المتعاقدون ووقع تدليس من أحدهم على الآخر فلا يفسد الرضا كما لواشترك شخص فى شركة بتدليس أحدالشركاء ظل عقد الشركة صحيحاً (أوبرى وروج ٤ بند ٣٤٣ مكرر) وحكمت المحاكم المختلطة بأن التدليس الحاصل من أحد المتقاسمين لا يؤثر فى عقد القسمة بسبب عدم قابليته للتجزئة إنما يجوز لمن وقع عليه التدليس أن يطالب المدلس بتعويض الضرر (سم ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ تق ٢٥ ، ٤١٧) .

والآن نتساءل عن السبب فى هذه التفرقة بين التدليس والغلط والاكراه فنقول بأن التدليس يفسد الرضا حتى لو كان الغلط الناشىء عن التدليس ليس جوهرياً ومن أجل ذلك وضع القانون شروطاً شديدة يجب توافرها ليكون التدليس مفسداً للرضا فاعتبر أن التدليس الحاصل من الغير لا يؤثر فى صحة الرضا . وأن السبب فى التفرقة بين التدليس والاكراه هو أن المجنى عليه فى حالة الاكراه لا يستطيع الدفاع عن نفسه ولا يستطيع الامتناع عن التعاقد سواء أكان الاكراه صادراً من المتعاقد الآخر أم من غيره لذلك يتعين أن يكون الاكراه مفسداً للرضا حتى لو وقع من غير الطرف المتعاقد. أما التعاقد فى حالة التدليس الحاصل من غير أحد المتعاقدين فيكون نتيجة اهمال المجنى عليه المتعاقد وتسرعه من غير ان يستفسر من المتعاقد معه عن حقيقة الأمر بعكس الحال بالنسبة للاكراه الحاصل من غير المتعاقد فهذا لا يكون نتيجة اهمال المتعاقد ولذا يصح القول بأنه مفسد لرضا من وقع عليه الاكراه (كابتان ج ٢ ص ٢٢٨) .

٢٨٦ — **فى اثبات التدليس** . يجوز اثبات التدليس بالبينة وبقرائن الأحوال وذلك لأن التدليس يعتبر جريمة لحد ما . فاذا لم يكن فى الاستطاعة اثباته بالبينة وبالقرائن فلا جزاء (أوبرى وروج ٤ بند ٣٤٢ مكرر وسم

١٣ يناير سنة ١٩٠٤ تق ج ١٦ ، ١٠١ وسم ١٥ ابريل سنة ١٩٠٩ تق ج ٢١ ، ٣٨٣) ويلاحظ أن الجائز اثباته بالبينة والقرائن هو التدليس الحامل على التعاقد أما التدليس الحاصل فى تنفيذ التعاقد فتسرى عليه قواعد الاثبات العادية (سم ١٤ يناير سنة ١٠١٦ تق ج ٣٧ ، ١١٤) .

ولا حاجة بنا الى القول بأن مايجوز اثباته هو الوقائع المعينة الصريحة اما الادعاء بحصول التدليس دون بيان حقائق معينة فلا تلتفت اليه المحاكم (سم ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ تق ٢٥ ، ٤١٧) .

٢٨٧ — فى التفرقة بين التدليس والغش . يفرق الشراح بين التدليس dol والغش fraude فالتدليس هو ما يقع من احد المتعاقدين قبل التعاقد . اما الغش فهو عبارة عن كل الأعمال الضارة التى يقوم بها المدين الذى لا يريد وفاء تعهداته كالتصرف فى امواله اضراراً بدائنيه .

٢٨٨ — فى مقارنة التدليس المدنى بالتدليس الجنائى . يفرق الشراح بين التدليس الجنائى criminel والتدليس المدنى dol civil فالتدليس الذى يعاقب عليه قانون العقوبات يسمى تدليساً جنائياً كالنصب وخيانة الأمانة (م ٢٩٣ و ٢٩٦ / ٣٠٢ و ٣٠٥ عقوبات) وهو يختلف عن التدليس المدنى فى ان التدليس الجنائى يقتضى الحصول على مال الغير بلا وجه حق وان القانون لا يعاقب على التدليس فى ذاته بل على السرقة .

الفرع الثالث — فى موضوع العقود

٢٨٩ — فى التفرقة بين موضوع العقد وموضوع التعهد . الغرض من العقد انشاء تعهدات وليس بلازم ان يكون للعقد غرض واحد وذلك لأن العقد هو عمل قانونى منشىء لتعهدات . فالعقد الثنائى ينشىء من تعهدين أو اكثر كعقد البيع الذى يحمل كلا من البائع والمشترى تعهدات متعددة

يتعذر معها القول بأن احد هذه التعهدات هو موضوع العقد او الغرض منه لكن موضوع العقد وموضوع التعهد يختلطان فى العقود الملزمة لطرف واحد كعقد الهبة كما لو تعهد بكر بأن يهب منزلا الى خالد فلا ينشأ عن هذا العقد إلا تعهد واحد وهو تعهد بكر باعطاء منزله الى خالد . ففى هذه الحالة يمكن القول بأن موضوع العقد او الغرض منه هو نفس الغرض من التعهد الذى أنشأه التعاقد وهو اعطاء المنزل . على اننا اذا توخينا الدقة العلمية امكننا أيضاً ان نفرق بين الغرض من التعهد والغرض من التعاقد فى الهبة ، فالغرض من عقد الهبة او الأثر المترتب عليه هو انشاء تعهد باعطاء شىء أما الغرض من التعهد باعطاء شىء فهو الاعطاء بالفعل

فاذا كان الغرض من العقود هو انشاء تعهدات وان التعهدات الناشئة من العقود هى التى لها موضوع objet ، كان من الخطل القول بأن العقود لهـــا موضوع كما ذهب الى ذلك القانون الفرنسى (م ١١٢٦) حيث لم يفرق بين موضوع العقود وموضوع التعهدات . وقد ادرك المشرع المصرى هذه التفرقة فلم يتكلم فى الفصل الخاص بالعقود عن موضوع العقود بل فى الفصل الخاص بالتعهدات على وجه العموم فقال فى المادة ٩٥ / ١٤٩ « يجب ان يكون الغرض من التعهد ... » ينتج مما تقدم ان عبارة « موضوع العقود » لا معنى لها لأن العقود ليس لها موضوع . والحقيقة انه لا مبرر لاستعمال هذه العبارة الا انها ايجاز حذف للدلالة على موضوع التعهدات المترتبة على العقود .

٢٩٠ — تعريف موضوع التعهد . موضوع التعهد هو ما يلتزم به المدين قبل الدائن ولا بد فى كل تعهد ان يرد على امر un fait يستطيع الدائن ان يقتضيه من المدين . والأمر الذى يكون موضوع التعهد إما ان يكون ايجابياً او سلبياً ويسمى فى الحالة الأولى فعلا prestation وفى الحالة الثانيــة تركا abstention

٢٩١ — فى شروط موضوع التعهد . تقول المادة ٩٥/١٤٩ مدنى يجب أن يكون الغرض من التعهد فعلا ممكناً جائزاً والا كان باطلا فاذا كان الغرض منه اعطاء شيء وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبايع فيه ولزم تعيينه ولو بالنوع وأن يكون صنفه مبينا بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال ، لذلك يشترط فى موضوع التعهد توافر الشروط الآتية وهى : (١) التعيين (٢) أن يكون فعلا ممكناً (٣) أن يكون مما يصح تملكه (٤) ان يكون التعهد خاصاً بشخص المدين

المبحث الاول — فى تعيين موضوع التعهد

٢٩٢ — فى تعيين موضوع التعهد . يجب ان يكون موضوع التعهد معينا ولو بالنوع وان يكون صنفه مبينا بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال . فاذا لم يتوافر هذا الشرط فى موضوع التعهد فلا تعهد كما لو تعهد مدين أن يسلم حيواناً فالمدين يستطيع أن يبرأ من تعهده اذا سلم الدائن حشرة أو اذا تعهد شخص أن يورد قمحاً بلا تعيين لكميته فيستطيع أن يبرأ من تعهده اذا سلم الدائن حفنة وبهذه الكيفية يصير حق الدائن عبثاً

وإذا كان موضوع التعهد عيناً معينة corps certains كحصان معين أو سجادة فلا يعتبر موضوع التعهد معيناً من حيث نوعه فقط بل معيناً من حيث ذاتيته . وفى حالة بيع شيء معين تنتقل ملكيته بمجرد انعقاد العقد حتى قبل التسليم (م ٢٢٦ / ٣٣٦ مدنى)

إنما يجوز أن يكون البيع معيناً بالنسبة للنوع فقط in genere ولايجوز ذلك الا فى المثليات . وفى هذا تقول المادة ٢٦٠ / ٣٢٧ « يجوز أن يكون البيع شيئاً معيناً بالنوع فقط » ثم قالت المادة ٢٦١ / ٣٢٨ بعد ذلك « فاذا كان البيع معيناً بالنوع فقط لا يكون البيع معتبراً الا اذا كان التعيين

يطلق على أشياء يقوم أحدها مقام الآخر وكان البيع معروفاً بالوجه الكافى عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلا بحيث يكون رضا المتعاقدين المبنى عليه صحيحاً ، واذا كان البيع جزافاً فيعتبر تاماً ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقاس (م ٢٤٠ / ٣٠٦ مدنى) ولا تنتقل ملكية البيع المعين نوعه فقط الا بتسليمه للمشترى (م ٢٦٨ / ٣٣٨ مدنى) فاذا هلك قبل التسليم كان الهلاك على البائع والتزم بتسليم أشياء أخرى بدل المبيع لأن المثليات لا تهلك إلا اذا أفلس البائع قبل التسليم فلا يكون للمشترى الا حق المطالبة بالثمن ولا يشترط فى بيع المثليات أن تكون كمية الأشياء المبيعة معينة فيكفى أن تكون قابلة للتعيين كما لو اشترى صاحب مصنع بثمن معين الفحم اللازم لمصنعه خلال سنة فيسهل تعيين الكمية التى قصد اليها المتعاقدان اعتماداً على طبيعة التعاقد وعرف التجارة ومركز المتعاقدين .

المبحث الثانى — فى امكان تنفيذ موضوع التعهد

٢٩٣ — **يجب أن يكون موضوع التعهد امرا ممكنا .** من الأقوال المأثورة « المستحيل لا يلزم à l'impossible nul n'est tenu » فاذا تعهد شخص أن يرقى الى القمر أو يصل الى مرسيليا سباحة اعتبر تعهده باطلا . لكن ما يعتبره الناس مستحيلا فى وقت ما قد يصير ممكناً فى وقت آخر ، والشواهد على ذلك كثيرة كالطيران من أمريكا الى اوروبا عبر المحيط الاطلنطى فقد صار من الأمور المألوفة بعد نجاح لندبرج ، مع انه كان يعتبر منذ أمد قريب ضرباً من الجنون . ويشترط فى الاستحالة المبطلة للعقود أن تكون مطلقة ولا يمكن التغلب عليها . أما الاستحالة النسبية فلا تؤثر فى صحة التعاقد : فاذا تعهد شخص أن يقوم بعمل ممكن لكنه لا يستطيع القيام به كان التعهد صحيحاً والتزم بالتضمينات كما لو تعهد شخص أعمى أن يضع

رواية فى ظرف أسبوع أو يدفع تعويضاً فقد ترى المحكمة أن الأمر يقصد منه الممازحة لكن اذا تبين للمحكمة أن التعاقد جدى فلا مانع من أن تحكم المحكمة بالتعويضات . وتظهر جدية التعاقد من كون المتعهد له يجهل استحالة القيام بوفاء التعهد من جانب المتعهد .

واذا كان موضوع التعهد اعطاء شىء نشأت استحالة الوفاء من عدم وجود الشىء أما التعهد فى ذاته فيعتبر ممكناً . ولا يعتبر الشىء غير موجود الا فى حالتين

(١) اذا كان موضوع التعهد شيئاً معيناً وهلك قبل التعاقد فلا ينعقد العقد

(٢) اذا كان موضوع التعهد من الأشياء المثلية فعدم وجوده وقت التعاقد لا يؤثر فى صحة التعاقد كبيع محصول أو بضاعة لم تصنع بعد

والاستحالة النسبية الخاصة بشخص المتعهد الناشئة من كونه غير مالك لموضوع التعهد لا تؤثر فى صحة التعاقد

وقد اعتبر القانون المصرى بيع الشىء المعين الذى لا يملكه البائع باطلا إنما يصح اذا أجازه المالك الحقيقى (م ٢٦٤ / ٣٣٣ مدنى) .

٢٩٤ — فى الاشياء المستقبلة. علمنا أنه اذا كان موضوع التعهد تسليم شىء وجب أن يكون هذا الشىء موجوداً إذا تعاقد المتعاقدان على أساس هذا الاعتبار . ولا يوجد فى القانون المصرى أى نص يحرم التعاقد على الاشياء المستقبلة كما أنه لا يوجد أى نص يجيز ذلك . وقد ظن البعض أن سكوت القانون المصرى يدل على أنه أراد أن يتبع أحكام الشريعة الاسلامية التى تشترط فى المبيع أن يكون مالا موجوداً وقت التعاقد (م١٨٨ مرشد الحيران) ولا مشاحة فى أن هذا الرأى يؤدى الى العنت لأن بيع الأشياء المستقبلة صار من الاشياء المألوفة التى تقع كل يوم . والذى يدل على صحة هذا النوع من البيوع أن القانون المدنى ذكر فى المواد ٢٥٩—٢٦٤ / ٣٢٦—٣٣٣ الاشياء التى

لا يجوز التبايع فيها كبيع حقوق فى تركة انسان على قيد الحياة ولم يحرم بيع الأشياء المستقبلة .

والذى دعا الى القول بتحريم بيع الاشياء المستقبلة ماقضت به المادة ٢٣٠ مدنى مختلط التى تقول « بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل » وليس لهـذه المادة مقابل فى القانون المدنى الأهلى . وهذه المادة مأخوذة من الشريعة الاسلامية التى تحرم بيع الثمر قبل ظهوره والزرع قبل نباته والحمل (م ٢٨٩ مرشد الحيران) وقد عملت المحاكم المختلطة على تضييق مدى تطبيق هذه المادة مسترشدة بالقانون الرومانى الذى يفرق بين حالتين :—

(١) قد يتفق صراحة أو ضمناً على أن لا ينعقـد البيع إلا اذا وجد المبيع فى المستقبل كما لو اشترى شخص الغلة المستقبلة أو نتاج ماشية معينة فاذا لم توجد غلة أو إذا نفق الحمل فلا يلتزم المشترى بدفع الثمن .

(٢) قد لا يتضمن التعاقد شرط وجود المبيع فى المستقبل . وفى هـذه الحالة يعتبر البيع من بيوع الغرر aléatoires ويلزم المشترى بدفع الثمن وجد المبيع أم لم يوجد كما لو اشترى رجل ورقة يانصيب أو الناتج من إلقاء شبكة فى البحر فلا مشاحة فى أن التعاقد هنا مضاربة ويدفع المشترى ثمن مخاطرة بحته ويقل الثمن تبعاً لذلك : فثمن ورقة يانصيب هو طفيف بسبب ضآلة الأمل فى ربحها إذا قورن الثمن بما تعطيه الورقة الأولى الرابحة .

وقد نهجت المحاكم المختلطة فى تفسير المادة ٣٣٠ هذه التفرقة فقضت بأن ما تحرمه المادة هو بيع الغلة المستقبلة ذو الصفة الغررية فاذا اشترى شخص غلة مستقبلة وجدت أم لم توجد وسواء أكان المحصول جيداً أم رديئاً كان البيع باطلا إذا كان الثمن مبالغاً فيه وغير متناسب مع الخطر الذى يتعرض له المشترى : أما اذا حصل البيع على أساس ثمن القنطار فى السوق وقت التسليم أعتبر البيع صحيحاً (سم ١٥ فبراير سنة ١٩٠٠ تق ج ١٢ ، ١١٧ وسم ٨ مايو سنة ١٩١٢ تق ج ٢٤ ، ٢٣ يونيه سنة ١٩١٢ تق ج ٢٤ ، ٤٠٧) وقد اعتبرت

محكمة الاستئناف المختلطة أن بطلان بيع الحاصلات المستقبلة هو بطلان نسبي شرع فى مصلحة البائع فاذا لم يتمسك البائع به اعتبر البيع صحيحاً (سم ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ تق ١٦ ، ١٣١) على أن محكمة الاستئناف المختلطة عادت بعد ذلك فى حكم آخر فقضت بأنه لا يجوز التمسك بالمادة ٣٣٠ مدنى لبطلان العقود الحاصلة طبقاً للعرف الناشىء من ضرورات تجارة القطن التى تجيز لملاك الاراضى الزراعية بيع القطن قبل نباته أو بذره (سم ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ تق ج ٢٦ ، ٢٣٠).

٢٩٥ — فى بيع التركات. تقضى المادة ٣٣٢/٢٦٣ بأن « بيع الحقوق فى تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه » وقد حكم ببطلان بيع عقار معلق نفاذه على وفاة أب البائع (مصر ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ مجموعة رسمية ٢١ ، ٤٤) وسبب تحريم هذا النوع من البيوع يرجع الى النظام العام لأن من له مصلحة فى نفاذ البيع قد يعمل على تعجيل وفاة المالك . كذلك من شأن هذا البيع أن يمكن المرابين من الاستفادة من ظروف الحاجة التى يقع فيها الوارثون المحتملون فيحصل الأولون على المبيع بثمن طفيف . وأخيراً يفضى هذا البيع الى عدم تحقيق المساواة التى يجب أن تسود بين الورثة . ويلاحظ أن أجازة مالك التركة لا تصحح التعاقد ولا يسرى هذا الحظر إلا على البيوع الحاصلة عن أشياء يتوقع البائع أن يرثها . لذلك يعتبر صحيحاً تعهد الأب بدفع مهر الى ابنته بعد وفاته وكذلك يعتبر صحيحاً تعهد شخص بأن يدفع الى آخر مبلغاً من النقود بعد وفاة شخص معين اذا كان التعهد ملزماً للمتعهد بقطع النظر عن حصوله أو عدم حصوله على شيء من تركة المتوفى .

المبحث الثالث — فى امكان تملك موضوع التعهد
وعدم مخالفته للقانون والنظام أو الآداب

٢٩٦ — *يجب أن يكون موضوع التعهد مما يصلح تملكه* . يشترط فى موضوع التعهد أن يكون من الاشياء الداخلة فى دائرة التعامل بين الناس والى هذا الشرط أشارت المادة ٩٥ / ١٤٩ مدنى فقالت « يجب أن يكون الغرض من التعهد مما يجوز التبايع فيه » والأصل أن كل الأشياء يجوز أن تكون موضوعاً للتعهد إلا ما استثنى بحكم القانون أو كان مخالفاً للنظام العام أوالآداب . من ذلك الأملاك الأميرية المخصصة للمنافع العمومية (م٩/٢٥، ٢٦ مدنى) والأشياء الممنوع بيعها كالحشيش والحقوق السياسية والوظائف العامة وحقوق الأحوال الشخصية وحرية العمل وحرية المتاجرة

وسنفصل القول فى العقود المخالفة للقانون والنظام والآداب فنقول :—

من السهل أن نبين العقود المخالفة للقانون فى حين أنه قد يتعذر أحياناً بيان العقود المخالفة للآداب أو للنظام العام . ويجب ملاحظة أن التعاقد لا يبطل لأنه يشتمل على شروط مجحفة بأحد المتعاقدين أو مخالفة للعدل . فقد يكون هذا النوع من العقود مخالفاً لحد ما للنظام والآداب ولكن من الخطر أن يعتبر هذا التعاقد باطلا لأن القاضى يرى فيه اجحافاً بأحد المتعاقدين . وذلك لأنه من المبادىء المقررة فى القانون المصرى أن القاضى لا يجوز له أن يبطل التعاقد الصريح الحاصل بين المتعاقدين برضائهم الصحيح الخالى من كل الشوائب بحجة أنه مناقض للعدل (سم ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٩ تق ج ٣٢ ، ٣٦) فالمحاكم لم توجد لأجل أن تراقب وتنظم الصفقات التى تحصل بين الأفراد الا اذا كانوا من الطوائف التى يحميها القانون كالقصر والمعتوهين ولا شأن للمحاكم مع عداهم اذا عقدوا صفقات جنونية

ولنشرع الآن فى بيان (١) العقود التى يحرمها القانون كالاتفاق على ارتكاب جريمة (٢) العقود التى لا يحرمها القانون لكنها مخالفة للآداب (٣) العقود التى لا يحرمها القانون لكنها مخالفة للنظام العام .

٢٩٧ — **فى العقود المخالفة للقانون** . (١) اذا قضى القانون بعدم مشروعية عمل من الأعمال فكل اتفاق مخالف لما قضى به القانون يكون باطلا مثل بيع ما لا يجوز التبايع فيه (م ٢٥٩ / ٣٢٦ مدنى) واعطاء مبلغ من النقود الى شخص نظير ارتكابه جريمة . وكالاتفاق على فائدة تزيد على ٩ ٪ سنوياً والاتفاق على اعطاء موظف عمومى شيئاً لأداء عمل من أعمال وظيفته (م ٨٩ / ٩٥ عقوبات) وانشاء شركة لادارة محل قمار أو نصيب (م ٣٠٧ و ٣٠٨ عقوبات) والدائنون الذين يزيدون مقدار ديونهم بطريق الغش أو يشترطون لأنفسهم مع المفلس أو غيره مزايا خصوصية فى نظير اعطاء صوتهم فى مداولات الصلح أو التفليسة أو يعقدون مشارطة خصوصية لنفعهم واضراراً بباقى الغرماء (٢٩٢ / ٣٠٠ عقوبات)

٢٩٨ — **فى العقود المخالفة للآداب** . (٢) لأجل معرفة ان كان موضوع التعاقد مخالفاً أو متفقاً مع الآداب يجب أن نقيسه بمقياس الآداب الذى تواضع عليه الرأى العام أى الآداب المتعارفة بين الناس التى تعتبر مخالفتها غير مشروعة illicite بالنسبة للكافة أو بالنسبة لطبقة معينة من الناس ولا شك فى أن هذا المقياس متغير من جيل لآخر ومن مكان الى مكان . والذى يستوقف النظر ان المحاكم فى كل الممالك المتحضرة اعتبرت بعض عقود معينة مخالفة للآداب مع أنها تطبق قوانين مختلفة

والقاعدة العامة هى أن كل عقد يقضى بارتكاب منكر أو يسهل اقتراف المعاصى يعتبر باطلا . مثال ذلك . الوعد باعطاء امرأة مبلغا من النقود لانشاء أو لبقاء علاقة غير مشروعة (٢٠ اكتوبر سنة ١٩٢٠ ، س ١٩٢١ ، ١ ، ٢٨ وسم ١٥ مايو سنة ١٩٠٧ تق نج ١٩ ، ٢٦ و ٢٣ يناير سنة ١٩١٩ تق

ج ٣١ ، ١٣٦) ويلاحظ أن الممنوع هو التعاقد الذى يكون الغرض منه التحريض على الفسق والفجور . أما اذا كان موضوع التعـاقد دفع مبلغ من النقود الى خليلة بعد انقطاع المعاشرة وانتهاء العلاقات غير المشروعة فالتعاقد صحيح ، وترى المحاكم الفرنسية أنه اذا كان الغرض من التعاقد تعويض المرأة عن الضرر الذى لحقها بسبب هذه العلاقة أعتبر التعاقد تكملة لتعهد طبيعى (نقض ١٤ مارس سنة ١٩١٨ س ١٩١٨ ، ١ ، ١٧٠) ويترك تقدير المبلغ المتفق عليه لظروف الحال كاخلاق المرأة قبل نشوء العلاقة ومدة المعاشرة وسن ومركز المتعاقدين عند انتهاء المعاشرة . واذا تبين للمحكمة أن المبلغ المتفق عليه مبالغ فيه جاز لها أن تخفضه الى الحد المعقول ، وقد أخذت محكمة الاستئناف الاهلية بهذه القواعد (استئناف أهلى ١٣ يونيه سنة ١٩٠٩ ، ٣ مجموعة رسمية ج ١١ ، ٣) ويشترط لصحة هذا التعاقد أن يكون الغرض منه تعويض الضرر الواقع على المرأة بسبب المعـاشرة أما إذا كان سبب التعاقد حمل المرأة على عدم البوح بهذه العلاقة بعد انتهائها كان التعاقد باطلا (د ، ٨٣ ، ٢ ، ٢٣٧) ويعتبر مخالفاً للآداب تأجير منزل للبغاء أو حوالة اجارة منزل لاعداده لهذا الغرض (باريس ١٤ ديسمبر سنة ١٨٩٩ د ، ٩٠ ، ٢ ، ١٨٩ وبورى وبارد ج ١ بند ٣١٠) وقضت المحاكم الانجليزية بأنه لا يجوز للمالك أن يطالب بأجرة دار أجرها الى امرأة يعـلم أنها خليلة خاصة kept mistress اذا كان خليلها هو الذى يدفع الاجرة بصفة غير مباشرة .

ويعتبر مخالفاً للآداب الاتفاق على دفع مبلغ من النقود الى شخص لاجل أن يرتكب أمراً مخالفاً للآداب أو القانون كما لو تعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة أو بقطع علاقتـه مع امرأة متزوجة وذلك لانه لا يجوز للانسان أن يعتبر نقائصه وعيوبه الخلقيـة مورداً للكسب ووسيلة لا بتزاز أموال الناس . كذلك يعتبر مخالفاً للآداب الاتفاق على دفع مبلغ من النقود الى شخص لاجل أن يقوم باداء الواجبات المفروضة عليه قانوناً فلا يجوز

للسارق أن يطالب مالك الأشياء المسروقة بمبلغ متفق عليه لرد الأشياء المسروقة ويجوز للمالك أن يسترد من السارق النقود التى استولى عليها من أجل هذا السبب . انما إذا عثر شخص حسن النية على مكان الاشياء المسروقة جاز له مطالبة المالك بمكافأة مالية ليرشده على هذا المكان وذلك لان هذا الشخص ليس ملزماً قانوناً بأعطاء هذه المعلومات ولكن إذا تعين قانوناً أن يقوم الانسان بفعل معين فلا يجوز له أن يطالب بشىء ما ، كتعهد الوديع ـد الوديعة أو المستعير برد العارية .

الوساطة فى الزواج : يعتبر مخالفاً للآداب الاتفاق الحاصل مع الوسيط (الخاطبة) لاتمام زواج نظير مبلغ معين من النقود وذلك لان الوسيط المأجوز لا يتحرج عن الالتجاء الى أرذل الوسائل لاتمام العقد ويجب أن يكون الرضا فى عقد الزواج خالياً من تأثير الغير الذى يعمل لتحقيق مصلحته المادية فيدلى بمعلومات غير صحيحة ويخفى بعض الحقائق ويؤثر فى المتعاقدين واصدقائهم لازالة كل عقبة تحول دون اتمام الزواج (نقض فرنسى أول مايو سنة ١٨٥٥ د ، ١٥٥ ، ٢٤٨) وقد أخذت المحاكم الأهلية بهذا المبدأ فقضت بأن الغرض من الزواج التناسل ويجب أن يقوم على اعتبارات أدبية وأن لا يكون هناك مدخل لشخص يعمل على تحقيق أغراضه النفعية (محكمة عابدين سنة ١٩١٥ مجموعة رسمية ١٦ ، ٥٦) لكن المحاكم المختلطة لم تأخذ بهذا الرأى (سم ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ تق ٣٤ ، ٨٣) وتعتبر المحاكم الانجليزية أن سمسرة الزواج باطلة marriage brokrage ويقول السير بولوك Sir F. pollock أن الاتفاقات التى من هذا القبيل تمنع حرية الرضا ومن شأنها أن تجعل التعاقد يقوم على اعتبارات غير لائقة وأجنبية عن الزواج (العقود Contracts الطبعة الثامنة ص٣٦٦) ويعتبر القانون الألمانى هذا التعهد طبيعياً (م ٦٥٦ من القانون المدنى الألمانى) .

يوجد فى فرنسا فريق من الناس يتعهد بنجاح الروايات التمثيلية فى دور

التمثيل entrepreneurs de succés dramatiques ويتفقون مع مديرى المسارح على العمل على نجاح الرواية بطريق التصفيق claque ويرى بعض الشراح أن هذا النوع من التعاقد مخالف للآداب وأخذت بعض المحاكم الفرنسية بهذا الرأى (نقض فرنسى ٢٧ مايو سنة ١٨٤١ س ، ١٨٤١ ، ١ ، ٦٢٣ وليون ٢٣ مارس سنة ١٨٧٣ ، د ، ٧٢ ، ٦٨ وأوبرى وروج ٤ بند ٣٤٥) وسبب مخالفة هذا التعاقد للآداب يرجع الى أن الباعث على اعطاء النقود هو التصفيق أى الاستحسان غير المبنى على التقدير الصحيح وأن هذا التصفيق المأجور يفسد ذوق الجمهور . الا أن محكمة باريس اعتبرت أن هذا التعاقد صحيح (باريس ٥ ابريل سنة ١٩٠٠ د ، ١٩٠٣ ، ٢ ، ٢٧٩) وقالت فى حكمها إن هذا التعاقد لا يحدث تشويشاً فى ذوق الجمهور وأن مؤلفى الروايات المسرحية يوافقون على هذا التعاقد وأن التصفيق الحاصل فى وقت معين يعين الممثلين على التغلب على انفعالهم ويمكنهم من استعادة أنفاسهم ، ومن العسير أن نقول بأن هذا النوع من التعاقد مخالف للآداب لأن المحاكم ليست مكلفة بالمحافظة على ذوق الجمهور الفنى لكن هذا التعاقد يصير باطلا اذا تبين من ظروف الحال أن مدير المسرح التزم بتحمل التعهد خشية أن يقوم المقاول entrepreneur بمظاهرات عدائية نحو الممثلين .

٢٩٩ — **فى العقود المخالفة للنظام العام** (٣) تقضى المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية بأنه لا يجوز للأفراد عقد اتفاقات مخالفة لقوانين متعلقة بالنظام العام . لكن المشرع عند ما يضع قانوناً لا يذكر اذا كان هذا القانون متعلقاً أو غير متعلق بالنظام العام . لذلك يتعين على المحاكم أن تتبين هذه الصفة من نفس القانون . فالقوانين الدستورية والادارية والجنائية وقوانين الأحوال الشخصية تعتبر متعلقة بالنظام العام ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها :

ومن جهة أخرى فالشخص الذى يتمتع بأهلية التعاقد والتصرف قد يتنازل عن حق أعطاه له القانون لمصلحته الشخصية كحق التنازل عن التمسك بمضى المدة التى توافرت شروطها القانونية لعدم تعلق هذا الحق بالنظام العام وكحق التنازل عن حق ارتفاق (م ٦١/٣٩ مدنى) انما لا يجوز للافراد أن يعدلوا حق ارتفاق مقرر لمصلحة الحكومة (م ٥١/٣٠ مدنى) أو اذا كان حق الارتفاق متعلقاً بالصحة العامة . وحماية الناس تعتبر متعلقة بالنظام العام .

ويمكن القول بأن كل تعاقد مخالف للنظام العام يعتبر باطلا إما لأنه ضار بالدولة أو لأنه يسلب من الفرد بعض الحقوق التى يعتبرها القانون ذات صفة عامة . ولنشرع الآن فى بيان العقود التى تعتبر مخالفة للنظام العام .

(١) العقود التى تعرقل سير الأعمال الحكومية أو تمنع توزيع العدالة بين الناس او تمنع الموظفين من اداء اعمالهم أو التى تضعف جانب الدولة اذا كانت فى حالة حرب كالاتفاق مع العدو على اعطائه معلومات فهذا العمل يعتبر خيانة وكالاتجار مع السكان المقيمين فى اراضى العدو حسب القانون الإنكليزى وآراء بعض الشراح الفرنسيين (ليون كان ج ١ بند ٢٠٩) ويعتبر مخالفاً للنظام العام الاتفاق على قلب نظام الحكومة او الاتفاق على تهريب بضائع تفاديا من دفع الضريبة الجمركية .

ويعتبر باطلا التعهد باعطاء مبلغ من النقود الى شخص ليستعمل نفوذه لدى الموظفين العموميين لحملهم على القيام بعمل يقع ضمن اختصاصهم كامتياز انشاء سكة حديد أو توريد أشياء (نقض فرنسى ٣ ابريل سنة ١٩١٢ د ، ١٩١٥ ، ١ ، ٧١) ويعتبر باطلا الاتفاق مع موظف على أن يقدم استقالته نظير حصوله على مبلغ من النقود . كذلك يعتبر باطلا الاتفاق مع محام على التنازل له فى حالة الحكم لمصلحة موكله عن جزء من الاموال المتنازع عليها وكان الرومان لايحرمون هذا التعاقد وكانوا يسمونه pactum de puota litis (أوبرى ورو ج ٤ بند ٣٤٥) ،

وسبب بطلان هذا التعاقد هو نفس السبب الذى من أجله قضى القانون بعدم جواز شراء المحامين الحقوق المتنازع عليها (م ٢٥٧ / ٣٢٤ مدنى) ففى كلتا الحالتين يخشى كثيراً أن يستفيد المحامى من مركزه فيوقع الغبن بموكله الذى لا يتعاقد معه على قدم المساواة . وقد سار القضاء المصرى على هذه القاعدة وبخاصة لأن القانون يجيز للمحاكم النظر فى أجرة الوكيل وتقديرها كما ترى (م ٥١٤ / ٦٢٨) وتسرى هذه القاعدة من باب أولى على وكلاء الأشغال (سم ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ تق ج ٢٠ ، ٢٤٠ وسم ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ ج ٣٢ ، ٢١٢ وجازيتة المحاكم المختلطة محكمة اسكندرية الجزئية المختلطة ٢٨ فبراير سنة ١٩١٤ ج ٤ نمرة ٢٣٠) .

ويعتبر باطلا الاتفاق على أن لا يبلغ المجنى عليه عن جريمة نظير مبلغ من النقود لأنه مما يتناقض مع النظام العام أن يستفيد المجنى عليه من سكوته عن التبليغ ولو أنه ليس ملزما قانوناً بالتبليغ . وكذلك لا يجوز الاتفاق سلفاً على التنازل عن توجيه اليمين الحاسمة (م ٢٢٤ / ٢٨٩ مدنى) لأن اليمين الحاسمة قد تكون طريقة الاثبات الوحيدة التى تكشف الغطاء عن حقيقة عقد مخالف للقانون كما لو ذكر سبب سند اذنى على خلاف الحقيقة أو كان سببه باطلا فلا سبيل لاظهار الحقيقة إلا بتوجيه اليمين الحاسمة (محكمة مصر التجارية المختلطة ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيتة المحاكم المختلطة ٤ نمرة ١٦٣) ولا يجوز الاتفاق على التقاضى أمام محكمة غير مختصة لأن مسائل الاختصاص متعلقة بالنظام القضائى . فالمحاكم الأهلية غير مختصة بالمسائل المتعلقة بالدين العمومى التى تختص بنظرها المحاكم المختلطة وغير مختصة بالأحوال الشخصية أو بالبحث فى أصل الوقف (لائحة ترتيب المحاكم الأهلية مادة ١٦) إنما يجوز الاتفاق على أن يكون حكم القاضى الجزئى نهائياً فى حالة ما إذا كان موضوع الدعوى قابلا للاستئناف (م ٢٧ / ٢٩ مرافعات) ويلاحظ أن ما يجوز الاتفاق عليه هى قواعد الاختصاص الشخصى ratione personae أما الدفع بعدم الاختصاص

النوعى ratione materiæ فهو متعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفة قواعده (م ١٣٤ / ١٤٩ مرافعات) كما أنه لا يجوز الاتفاق على تخطى درجة من درجات التقاضى ورفع الدعوى أمام المحكمة العليا قبل أن تمر بالمحكمة الدنيا .

الصلح والتحكيم . يجيز القانون للأفراد الاتفاق على تعيين محكم بدلا من رفع النزاع الى القضاء انما يكون هذا الاتفاق باطلا بالنسبة للمسائل المتعلقة بالنسب أو بالنظام العام ولكن يجوز عمل الصلح فى الحقوق المالية التى تنشأ عن مسائل النسب أو عن الجنح المخلة بالنظام العام (٥٣٣/٦٥٤ مدنى) ولا يشترط أن يكون النزاع موجوداً لجواز احالته على محكمين فيجوز الاتفاق على وجه الاطلاق باحالة ما ينشأ من النزاع فى تنفيذ عقد معين على محكمين للحكم فيه ويجوز لهم اشتراط الاحالة المذكورة للفصل فى أمر مخصوص (م ٧٠٢/٧٩١ مرافعات) ويجوز استئناف حكم المحكمين فى جميع الأحوال إذا أخلوا بقاعدة متعلقة بالنظام العام كما لو تجاوزوا حدود اختصاصهم أو إذا لم يفصلوا فى أحد الطلبات المعروضة عليهم أو اذا أخلوا بحق الدفاع (سم ١٥ ابريل سنة ١٨٩٦ تق ج ٨ ، ٢٠٧) .

عضوية النوادى أو الجمعيات . إذا انضم شخص الى ناد أو الى أية جمعية قانونية فهو يقبل الخضوع لقواعدهما . وتقضى هذه القواعد عادة بفصل العضو أو بالحكم عليه بغرامة إذا أخل بقاعدة من القواعد المتفق عليها وبأن لا يكون له الحق فى استئناف الحكم أمام المحاكم ، ومن القواعد المقررة فى القضاء الفرنسى أن المحاكم لا يمكن أن تتجرد بتاتاً من اختصاصها بالنظر فى هذه المنازعات لما يترتب على ذلك من مخالفة النظام العام (نقض ١٨ يونية سنة ١٨٧٢ ، د ٧٢ ، ١ ، ١٧٢ ، د ، ٧٢ ، ٢ ، ١٧) فيجوز للعضو أن يرفع الأمر الى القضاء إذا توقع عليه جزاء أو فصل من الجمعية دون مراعاة الاجراءات المقررة فى قانون الجمعية أو إذا لم تراع فى حق العضو مبادىء العدل كحرمانه

من حق الدفاع عن نفسه ، أو إذا اقتضى فصل العضو أغلبية أصوات الأعضاء ولم تبين فى دعوة الحضور الأعمال التى ستنظرها الجمعية (محكمة ألسث أول مايو سنة ١٩١٢ د ، ١٩١٧ ، ٢ ، ٩٦) .

الاتفاق على الاثبات بالبينة : تقضى المادة ٢١٥/٢٨٠ مدنى بأنه لا يقبل الاثبات بالبينة فى المسائل المدنية إذا كان المدعى به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش أو غير مقدرة ، فهل يجوز الاتفاق على قبول الاثبات بالبينة اذا كان المدعى به يزيد على ألف قرش ؟ يرى فريق من الكتاب أن قاعدة عدم جواز الاثبات بالبينة فيما تزيد قيمته على الف قرش متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها (كابتان ج ٢ ص ٢٢٥ و٢٢٦ وبودرى ج ٤ بند ٢٥١٨) بسبب ما يعترض الاثبات بالبينة من محاباة الشهود وسوء نيتهم ، ويرى فريق آخر عكس ذلك (دملومب ج ٣٠ بند ٢١٥ وهوك ج ٨ بند ٢٩٠) وأخذ القضاء الفرنسى بهذا الرأى الأخير فاعتبر المادة ١٣٤١ المقابلة للمادة ٢١٥ غير متعلقة بالنظام العام وأن أحد المتعاقدين يجوز له أن يتنازل عن الحماية التى أعطاها له القانون (نقض فرنسى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٣ د ، ١٩٠٤ ، ١ ، ١٨١ ونقض فرنسى ١٣ ديسمبر سنة ١٩١١ د ، ١٩١٢ ، ١ ، ١٥٨) ولكن هل يجوز الاتفاق سلفاً على أن كل المنازعات التى تنشأ بين المتعاقدين يجوز اثباتها بالبينة اذا كانت بطبيعتها مما لا يجوز اثباتها إلا بالكتابة ؟

من المبادىء المقررة أن هذا الاتفاق مخالف للنظام العام وذلك لأن القانون منح المتعاقدين ضمانات معينة وليس من المصلحة العامة أن نجيز لهم التنازل عنها سلفاً [١] . فاذا نشأ نزاع بين التعاقد فلكل متعاقد أن يتنازل عن طريقة الاثبات التى يشترطها القانون ولكن لا يجوز التنازل سلفاً عن هذه

(١) جو سران ج ٢ بند ٢٠٣

الحقوق قبل نشوء النزاع والشأن فى ذلك كالشأن فى التقادم فالمدين لا يجوز له التنازل سلفاً عن حق التمسك بالتقادم لكن يجوز للمدين عدم التمسك بالتقادم عند توفر شروطه (١٠٨/٨٠ مدنى) .

الاتفاق على الاثبات بالكتابة . اذا كان موضوع التعاقد جائز اثباته بالبينة فيجوز الاتفاق على وجوب حصول الاثبات بالكتابة (سم ٣١ مايو سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ ، ٤٤٠) .

الاتفاق على عدم القيام بالواجبات الوطنية . يعتبر مخالفاً للنظام العام كل اتفاق يقصد به تعهد شخص بعدم القيام بالواجبات الوطنية مثل عدم استعمال حق الانتخاب أو عدم الانتظام فى الجيش مع فرض أن الخدمة العسكريه ليست الزامية (أوبرى وروج ١١ بند ٦٩٢) .

العقود التى تقيد حرية الاحتراف أو حرية التجارة أو المنافسة . من القواعد الأساسية فى القانون المصرى أن لكل شخص مطلق الحرية فى التصرف فى جهوده العضلية والعقلية وفى أمواله كما يرى وهذه الحقوق لا تسقط بمرور الزمان وكل اتفاق يجرد الشخص من التمتع بهذه الحقوق يعتبر مغايراً للنظام العام فالاتفاق على أن يمتنع شخص من العمل بتاتاً يحرم الجمهور من الخدمات التى كان فى مقدوره أن يؤديها انما يجوز للشخص أن يحد من حريته لحد ما كما لو باع متجره أو أجر خدماته كما سيأتى تفصيل ذلك فى محله . كذلك تقضى المصلحة العامة بأن تسود المنافسة بين التجار ولذلك يحرم القانون الجنائى الاتفاقات التى يكون الغرض منها تقرير أثمان اصطناعية .

لكن يجب أن لا يفترض أن حرية التجارة مطلقة فقد قيدها القانون من عدة وجوه فقضى بوجوب أن يكون المبيع من الأشياء الجائز الاتجار بها وعلق مزاولة بعض الحرف على توافر مؤهلات خاصة وقد تحتكر الدولة صناعة أو تجارة معينة أو تعطى حق الاحتكار الى شخص أو أشخاص معينين وأخيراً قد يتقيد حق الاتجار بالاتفاق فاذا لم تكن هذه القيود الاتفاقية جائرة

لتأذت الحرية تحت ستار المحافظة عليها وتوجد حالات لا يستطيع فيها الشخص أن يحصل على أحسن ثمن لخدماته أو لأمواله إلا اذا قبل الحد من حريته فالتاجر قد يتردد فى تعيين مدير لمحله اذا كان لهذا الأخير الحق فى أن يؤسس متجراً منافساً بعد انقضاء عقد استخدامه وبعد أن يكون قد وقف على أسرار المتجر. والتاجر الذى يريد أن يبيع متجره يستطيع أن يحصل على ثمن حسن اذا تعهد بأن لا ينافس المشترى الجديد. وقد يتعذر فى هذه الحالات ومثيلاتها أن نعين العقود الجائزة والعقود غير الجائزة التى تنتهك الحرية وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يعتبر مخالفاً للنظام العام كل اتفاق يحرم على شخص تحصيل معاشه (سم ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ تق ٣٤، ٤٢) ولهـذه الأسباب قضى القانون بأنه لا يجوز أن يكون ايجار المستخدمين والعملة والخدمة المنزلية إلا لزمن معين » (م ٤٠٢/٤٩٠ مدنى).

والاتفاق على عدم مزاولة شخص لحرفة ما يجب أن يكون مقيـداً فى الزمان والمكان فاذا شمل كل القطر كان باطلا (١٧ مايو سـنة ١٩١١ س ١٣، ١، وسم ٧ ابريل سـنة ١٩٢٠ تق ٣٢، ٢٦٠) ولـكن قد يتبين من ظروف الحال أن تناول الاتفاق كل أنحاء القطر لا يبطل التعاقد والمرجع فى ذلك الى حجم المتجر فالحظر على تاجر صـغير مزاولة التجارة فى جميع أنحاء القطر يعتبر باطلا لـكنه يعتبر صحيحاً اذا كان متعلقاً بأحد كبار تجار الصادرات أو الواردات (سم ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ تق ج ٣٤، ٤٢).

فى تعطيل المزادات : تقضى المادة ٢٩٩ / ٣٠٨ عقوبات بأن « كل من عطل بواسطة تهديد أو إكراه أو تطاول باليد أو نحوه مزاداً متعلقاً ببيع أو شراء أو تأجير أموال منقولة أو ثابتة أو متعلقاً بتعهد بمقاولة أو توريد أو استغلال شيء أو نحو ذلك يعاقب بالحبس مـدة لا تزيد عن ثلاثة شهور وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين » يترتب على ذلك أن كل اتفاق يقصد منه منع المنافسة فى المزاد يعتبر باطلا .

التواطؤ على انحطاط او رفع الاسعار: أشار القانون الجنائى الى ذلك فى المواد ٣٠٠ و ٣٠١ / ٣٠٩ و ٣١٠ فقال « الأشخاص الذين تسببوا فى علو أو انحطاط أسعار غلال أو بضائع أو بونات أو سندات مالية معدة للتداول عن القيمة المقررة لها فى المعاملات التجارية بنشرهم عمداً بين الناس أخباراً أو إعلانات مزورة أو مفتراة أو باعطائهم للبائع ثمناً أزيد مما طلبه أو بتواطئهم مع مشاهير التجار الحائزين لصنف واحد من بضاعته أو غلال على عدم بيعه أصلاً أو منع بيعه بثمن أقل من الثمن المتفق عليه فيما بينهم أو بأى طريقة احتيالية أخرى يعاقبون بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين فقط »

« ويضاعف الحد الأقصى المقرر لعقوبة الحبس المنصوص عنها فى المادة السابقة إذا حصلت تلك الحيلة فيما يتعلق بسعر اللحوم أو الخبز أو حطب الوقود والفحم أو نحو ذلك من الحاجات الضرورية ».

المبحث الرابع — فى تعلق موضوع التعهد بشخص المدين

٣٠٠ — يجب أن يكون موضوع التعهد خاصا بشخص المدين.

يجب أن يكون الأمر الذى يتكون منه موضوع التعهد متعلقاً بشخص المدين لأنه يستحيل عقلا وبداهة أن يتعاقد الشخص عن غير نفسه بسبب استقلال الناس فى شؤونهم الخاصة وعدم إمكان تصور التزام الشخص بتعهد رغم إرادته إلا إذا كان صغيراً أو معتوهاً فهنا يقوم رضا الممثل الشرعى مقام رضا عديم الأهلية. من أجل ذلك يجب أن لا يتعدى الالتزام نفس المدين. يترتب على ذلك أن التعهد بأمر متعلق بالغير عديم الجدوى إذ لا يستطيع المتعهد له أن يطالب الغير بوفاء التعهد لأن هذا الأخير لم يلتزم بنفسه بأى شىء.

إنما يجوز أن يتعاقد شخص على أنه فى حالة عدم قبول الغير لهذا التعاقد يتعهد بدفع مبلغ معين و يسمى هذا العقد promesse de porte fort وسنسمى هذا العقد « القبالة » والمتعهد القبيل le porte-fort

٣٠١ — فى القبالة . القبالة هى عقد يتعهد بموجبه شخص يسمى قبيل بأن يحصل على رضا شخص معين بالتعاقد الذى أبرمه القبيل مع المتعاقد معه .

ولم تشر القوانين المصرية الى هذا العقد ولو أن القضاء أقره (سم ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ تق ٢ ، ٣١٣ وسم ١٣ مايو سنة ١٩٠٨ تق ٢٠ ، ٢١٤) ويقتضى هذا التعهد التزام القبيل بالحصول على توقيع الغير rapporter la signature لذلك يتعين على القبيل أن يبذل كل ما فى وسعه لحمل الغير على التوقيع من أجل ذلك يعتبر موضوع هذا التعاقد متعلقاً بنفس القبيـــل أى الجهود والمساعى والنقود التى يبذلها لحمل الغير على الرضا وبعبارة أخرى يعتبر القبيل متعهداً بفعل شىء فاذا استطاع أن يحصل على الرضا برئت ذمته من التعهد واذا لم يستطع ذلك اعتبر أنه لم يف بتعهده و يلتزم بدفع تعويض .

٣٠٢ — فى فوائد القبالة . عقد القبالة ذائع الاستعمال انما يندر أن يكون موضوع تعـاقد قائم بذاته بل يكون فى الغالب تابعاً لعقد يهم عدة أشخاص . وأكثر ما يكون فى عقـد القسمة اذا كان أحد الشركاء غائباً أو عديم الاهلية فلا تتم القسمة إلا إذا تعهد شخص بالحصول على رضا الغائب أو عديم الاهلية بعد بلوغه الرشد . كذلك إذا اراد ورثة أن يبيعوا عقاراً مملوكا لهم على الشيوع وكان أحدهم قاصراً فتفاديا من نفقـات الاجراءات القانونية وطولها يتعهد أحد الشركاء بالحصول على رضا القاصر عند بلوغه الرشد والغالب أن يتحمل أحد الشركاء القبـالة على وجه التضامن فى حالة عدم امكان الحصول على رضا الغائب أو القاصر عند بلوغه الرشد .

٣٠٣ — فى مقارنة القبالة بالكفالة . الـكفيل كالقبيل هو شخص يتعهد عن الغير لـكن القبالة تختلف عن الـكفالة فى أن القبيل يتعهد فقط

بان الغير يرضى بالتعاقد أى يصادق عليه ويصير طرفاً ملتزماً به لـكن القبيل لا يضمن نفـاذ التعهد الذى ارتضاه هذا الشخص . فذمة القبيل تبرأ بمجرد قبول الغير للتعاقد . أما الـكفيل فهو يلتزم بالوفاء عن المـكفول الذى يقبل فوراً التعاقد . والـكفيل يضمن وفاء التعهد إذا لم يقم المـكفول بالوفاء . وقد يكون شخص قبيلا وبعد رضا الغير بالتعاقد يصير القبيل كفيلا وفى هذه الحالة يعتبر كل من التعهدين منفصلا عن الآخر .

الفرع الرابع — فى السبب — De la cause

٣٠٤ — تعريف . السبب هو الغرض المباشر الذى يدعو الناس الى التعاقد ويشترط لصحة التعاقد أن يكون مبنياً على سبب صحيح جائز قانونا (م ٩٤/١٤٨ مدنى) والسبب الجائز قانونا هو ما كان غير مخالف للقانون أو الآداب أو النظام العام . ويجب أن تفرق بين السبب والباعث . فالسبب causa proxima فى التعهد التعاقدى هو الغرض العاجل immèdiate المباشر الذى يدفع المدين على تحمل التعهد . والسبب يظل واحداً غير متغير فى العقود التى من نوع واحد cause remota فهو الدافع الشخصى لكل واحد من المتعاقدين على التعاقد والباعث يختلف من شخص الى آخر لذلك يتعين السبب بطبيعة العقد وليس له علاقة بشخصية المتعاقد أما الباعث فهو الدافع النفسانى وهو بطبيعته يتعلق بشخصية المتعـاقد الذى يدفع الشخص على التعاقد . لـكن المحاكم لم تراع هذه التفرقة فخلطت بين السبب والباعث .

٣٠٥ — السبب فى عقود المعاوضة : السبب فى عقود المعاوضة هو الغرض القانونى الذى يعمل أحد المتعاقدين على تحقيقه من طريق الالتزام

(١) السبب فى العقود الثنائية : يمثل العقود الثنائية عقد البيع . فالبائع يتعهد بنقل ملـكية المبيع فى مقابل استيلائه على الثمن من المشترى والمشترى

يتعهد بدفع الثمن لأنه يريد أن يصير مالكا للشىء المبيع ليكون تحت تصرفه لذلك يعتبر سبب تعهد البائع قيام المشترى بدفع الثمن ويعتبر سبب تعهد المشترى قيام البائع بنقل الملكية . أما الباعث على البيع والشراء فيختلف من شخص الى آخر . فقد يرغب شخص فى البيع لأنه يريد أن يوظف الثمن فى أوراق مالية ويرغب آخر فى البيع لأنه يريد أن يدفع ما عليه من الديون الحالة . أو لأنه يريد أن يضارب الخ يترتب على ذلك أنه اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما تعهد به يزول عن المتعاقد الآخر تعهده ويتفرع من هذه القاعدة النتائج الآتية : —

١) اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما تعهد به يجوز للمتعاقد الثانى أن يرفض تنفيذ تعهده .

٢) اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ تعهده يجوز للمتعاقد الثانى أن يفسخ التعاقد .

٣) اذا لم يستطع أحد المتعاقدين تنفيذ تعهده بسبب طروء قوة قاهرة فلا يلزم المتعاقد الثانى بتنفيذ تعهده .

(٢) السبب فى العقود المفردة : يختلف سبب التزام المدين فى العقود الفردة باختلاف نوع كل عقد منها . ففى عقد القرض يتعهد المقترض برد النقود لأنه استولى عليها من المقرض فسبب تعهده هو استيلائه على النقود المقترضة . فالذى يريده المقترض هو الحصول على نقود ومن أجل ذلك يتعهد بردها بالشروط المتفق عليها . وفى رهن المنقول يتعهد الدائن المرتهن برد الرهن لأنه قبضه . فسبب التعهد فى هذه العقود وأمثالها هو التسليم الفعلى لشىء معين يترتب على ذلك أن المقترض حتى لو كان وقع على صك لا يلزم لشىء ما اذا كان لم يستلم نقوداً معدودة .

واذا قام شخص أو وعد بالوفاء فسبب التعهد هو الفعل القانونى السابق

على التعهد الذى يدعو المدين الى الوفاء أو الالتزام بالوفاء فسبب الوفاء هو وجود دين سابق يعمل المدين على انقضائه فاذا كان هذا الدين غير موجود أو أبطل أعتبر الوفاء حاصلا بلا سبب وجاز للموفى أن يسترد ما دفعه .

أما بالنسبة للوعد بالوفاء فقد يكون سببه وجود تعهد سابق بين المتعاقدين أو نية الايهاب . فاذا انعدم السبب بطل التعهد كما لو شافه شخص ابنه قبل وفاته بأن يدفع مبلغ مائة جنيه الى شخص معين وتعهد الابن بدفع هذا المبلغ احتراماً لارادة أبيه فسبب تعهد الابن هنا هو رغبته فى نفاذ تعهد طبيعى تحمل به . ولكن اذا عثر الابن بعد ذلك على وصية صادرة من والده تقضى بالايصاء الى هذا الشخص بشىء معين قيمته مائة جنيه أعتبر تعهد الابن بلا سبب وجاز له أن يبطله . وكذلك الحال بالنسبة لكمبيالات المجاملة التى تتميز بانعدام أية معاملة تجارية بين الساحب والمسحوب عليه وكل ما فى الامر أن هذا الاخير يضع امضاءه على الكمبيالة ليسهل للساحب تداولها ايهاماً للغير بوجود سبب للتعاقد والحال أنه لا سبب وأن الكمبيالة لم تحرر الا كأداة للنصب والغدر .

٣٠٦ — **السبب فى عقود التبرعات** · السبب فى هذه العقود هو نية التمليك بلا مقابل أى الباعث الذى يدعو الشخص الى التبرع .

٣٠٧ — **فى الانعدام الجزئى للسبب** . يحدث أن لا يتجرد التعهد من السبب كلية بل بصفة جزئية ولا يعتبر العقد باطلا الا بمقدار النقص الجزئى للسبب pro tanto مثال ذلك التعهد الطبيعى يعتبر سبباً صحيحاً لتعهد مدنى . لكن ليس معنى ذلك أنه اذا كان شخص مديناً بدين طبيعى قدره مائة جنيه فيعتبر هذا سبباً كافياً لا لتزامه مدنياً بأن يدفع ألف جنيه ، بل يعتبر سبباً كافياً لالتزامه مدنياً بأن يدفع مائة جنيه أو أقل . وبناء على هذه القاعدة يجوز للمحكمة أن تخفض مقدار الأجرة أو التعويض المتفق عليهما اذا تبين

أن الأجرة غير متناسبة مع مقدار الخدمات التى أداها المتعهد له أو إذا كان التعويض غير متناسب مع مقدار الضرر الذى أصاب الطرف الثانى (استئناف أهلى ١٣ يونية سنة ١٩٠٩ مجموعة رسمية ١١ نمرة ٣)

٣٠٨ — **فى السبب الصورى** . السبب الصورى هو الذى يذكره المتعاقدان فى العقد على خلاف الحقيقة مثال ذلك خسر شخص مائة جنيه فى لعب القمار وحرر صكا بهذا المبلغ ذكر فيه أنه اقترضه من الكاسب اخفاءاً لعدم مشروعية السبب وقد يرغب شخص فى ايهاب منزل الى آخر وبدلا من أن يحرر عقد هبة يحرر عقد بيع . والصورية لا تكفى لبطلان التعاقد بل يجب أن يكون السبب غير مشروع أو من شأنه أن يلحق ضرراً بالدائنين .

وقد أجاز القانون المصرى الصورية بالنسبة للهبة الموصوفة بصفة عقد آخر فقال فى المادة ٤٨ / ٧٠ مدنى « تنتقل الملكية فى الأموال الموهوبة منقولة كانت أو ثابتة بمجرد الايجاب من الواهب والقبول من الموهوب له إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمى وإلا كانت الهبة لاغية »

٣٠٩ — **فى نقد نظرية السبب** . يعاب على نظرية السبب بأنها :
(١) فاسدة (٢) وغير مفيدة .

(١) **فى فساد نظرية السبب** : يقول أنصار نظرية السبب بأنه إذا تعاقد شخصان كبائع ومشتر فتعهد المشترى سببه تعهد البائع وهذا فاسد من الوجهة المنطقية لأن التعهدين مشتقان من عقد واحد ونشأ فى وقت واحد أى أنهما توأمان ويستحيل عقلا أن يكون أحدهما سبباً للآخر ولا يمكن أن يكون المسبب معاصراً للسبب ولأنه إذا كان أحد التعهدين سبباً للتعهد الثانى فلا يمكن أن ينشأ أى واحد منهما لأن خلق تعهدين فى وقت واحد مع القول بأن أحدهما سبباً للآخر مما لا يمكن تصوره .

كذلك من الخطأ أن نقول بأن سبب التعهد فى العقود المفردة كعقد القرض هو تسلم المقترض النقود . فهذه الواقعة ليست سبب التعهد ولكنها المصدر المنشىء للتعهد . كذلك من العبث أن نقول بأن سبب التبرعات هو نية التبرع والحقيقة أن سبب التبرع هو الباعث الشخصى الذى يدفع المتبرع على التبرع

٣١٠ — **فى عدم فائدة نظرية السبب**. (٢) مؤدى نظرية السبب هو أن التعهدات التعاقدية تصير باطلة إذا كانت بلا سبب أو كان سببها غير مشروع

انعدام السبب : لا يمكن تصور انعدام السبب فى العقود المفردة ففى عقد الوديعة والقرض لا يوجد وديع أو مقترض ما دام أنهما لم يتسلما الشيء موضوع التعاقد . وانعدام السبب يختلط مع انعدام العقد لأنه لم يحصل شيء يمكن اعتباره باطلا بسبب انعدام السبب . وفى الهبة يكون انعدام السبب عبارة عن انعدام الباعث على الايهاب والهبة بلا سبب لا تصدر إلا عن شخص فاقد التمييز . ولم يستطع السببيون أن يطبقوا نظرية السبب إلا فى العقود الثنائية كعقد البيع حيث قالوا بأنه إذا لم يوجد الشيء المبيع فيكون تعهد البائع باطلا لانعدام موضوع التعهد ويكون تعهد المشترى للبائع باطلا لانعدام السبب لأن تعهد البائع لم ينشأ . ويمكن الوصول الى هذه النتيجة بلا حاجة الى الالتجاء الى نظرية السبب فنقول بأن طبيعة العقود الثنائية تقتضى قيام كل متعاقد باعطاء أو فعل شيء prestations الى المتعاقد الآخر فالمنفعة التى تعود على أحد المتعاقدين من المتعاقد الآخر هى التى تحمله على التعاقد وهذه العلاقة الموجودة بين تعهدات المتعاقدين لا تعتبر علاقة سببية rapport de causalité بل علاقة تلازم أو تبعية متبادلة dépendence mutuelle والدليل على ذلك هو أن تعهد المشترى بدفع الثمن يزول إذا لم يقم البائع بتسليم الشيء المبيع .

السبب غير المشروع : تستفاد مشروعية الشيء وموافقته للآداب من ذات الشيء ومن النيـة والباعث . وليست المشروعية أو الموافقة للآداب نتيجة فعل الغير كما لو اتفق شخصان على ارتكاب جريمـة على أن يقوم أحدهما بارتكابها ويعطيه الآخر نقوداً لحمله على الاجرام فهـذا الاتفاق باطل بكليته ويعلل السببيون ذلك ، بأن الوعد بالقتل باطل لأن موضوعه ارتكاب جريمة أما الوعد باعطاء نقود فليس باطلا بسبب موضوعه الذى هو اعطاء نقود ولـكنه باطل لأن سببه التعهد الذى يتحمله الطرف الثانى أى أن سبب التعهد غير مشروع ، ولا حاجة بنا إلى هذا اللف والدوران لابطال التعهد الثانى الذى هو باطل كالتعهد الأول لأن موضوعه غير مشروع لأن من يعطى نقوداً لأجل القتـل لا يقل إجراماً عمن يقتل بنفسه فعدم مشروعية العمل متساوية لدى الطرفين .

لذلك أبطلت القوانين الحديثة نظرية السبب فلم يشر اليها القانون السويسرى ولا القانون الألمانى .

٣١١ — فيما يترتب على انعدام السبب أو على السبب غير المشروع . التعهد الخالى من السبب أو الذى يكون سببه غير مشروع يعتبر باطلا ab initio يترتب على ذلك ما يأتى : —

(١) لا يجوز المطالبة بالتعهد المترتب على هذه العقود .

(٢) يجوز لكل ذى مصلحة أن يحتج بهذا البطلان .

(٣) يجوز للمحاكم أن تحكم من تلقاء نفسها ex officio ببطلان التعهد .

(٤) لا يجوز تجديد التعهد أو المصادقة عليـه ولا يصير صحيحاً بانقضاء المدة .

(٥) يرى معظم الشراح أنه يجوز استرداد ما دفع (بودرى وباردج ١ بند ١٦) يستثنى من ذلك الوفاء الحاصل عن تعهد طبيعى أو رهان (م١٢٣٥ و ١٩١٧ مدنى فرنسى) .

لكن القضاء المختلط والأهلى يريان عدم جواز استرداد المدفوع . وترى محكمة الاستئناف الأهلية أنه « إذ أظهر للمحكمة أن العقد باطل لعدم مشروعية سببه وجب عليها أن لا تساعد أياً من طرفى العقد بل تترك الحالة على ما هى عليه بمعنى أنها لا تأمر بتنفيذ ما لم ينفذ ولا بأعادة ماتنفذ من التعهد بمقتضى العقد ، وعلى ذلك إذا كان هذا العقد الباطل عقد بيع وحصل تسليم جزء من الأرض المبيعة بقى هذا الجزء مع المشترى ويبقى مالم يسلم مع البائع » (استئناف أهلى ١٨ ابريل سنة ١٩١١ مجموعة رسمية ج ١٢ نمرة ٨٥) كذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز استرداد ما دفع بسبب تعاقد غير مشروع (سم ١٤ مارس سنة ١٨٨٠ مجموعة رسمية مختلطة ١٣ ، ١١٥) وقد حكم أيضاً بأنه لا يجوز استرداد الفوائد الربوية إذا سوى الحساب بصفة قطعية بين المقرض والمقترض (سم ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ تق ج ١٥ ، ٦٢) .

ولكن يجوز استرداد الربا الفاحش إذا حصل وفاؤه بغير اختيار المدين وفى ظروف تقرب من الاكراه الأدبى (سم ١٤ مارس سنة ١٩١٧ تق ج ٢٩ ، ٢٨٨) .

الفرع الخامس — فى النتائج العامة للعقود

يترتب على العقد انشاء تعهد ، ويترتب على التعهد إعطاء الدائن حق التنفيذ القهرى ، وقد سبق أن تكلمنا على نتائج التعهدات (بند ٧ — ٤٤) لذلك سنقصر القول على نتائج العقد بالنسبة للعاقدين وبالنسبة للغير .

المبحث الاول — فى نتائج العقد بالنسبة للعاقدين

٣١٢ — فى القوة الالزامية للعقد. تنتج العقود أثاراً بالنسبة للعاقدين (م ١٤١ / ٢٠٢ م) بأنفسهم أو الممثلين [١] واذا انعقد العقد صحيحاً صار

---

(١) قد يمثل العاقد وكيل أو وصى أو قيم ، والنائب الذى يعمل لذمة شخص آخر لا

قانون العاقدين أى أن كل عاقد يتحمل تعهداً لا يختلف كثيراً عن التعهد المقرر بمعرفة القانون . ويتعين على المتعهد أن يوفى بما تعهد به وإلا أكره على الوفاء بالقوة . وإذا تعذر الوفاء بهذه الكيفية الأخيرة التزم المتعهد بدفع تعويض أى مبلغ من النقود معادل للضرر الذى عاد على المتعهد له بسبب عدم الوفاء . ولا يستطيع العاقد أن يقيل نفسه بمحض ارادته من العقد دون رضا العاقد الآخر إذ لا بد لتمام ذلك من عقد جديد مبطل لأثر العقد الأول . إنما يجوز أن يحتفظ أحد العاقدين بحق الفسخ . وقد تقتضى طبيعة العقد أحياناً إجراء الفسخ كحق البائع فى البيع الوفائى . وقد يحتفظ العاقد بحق الفسخ فى نظير دفع تعويض الى العاقد الآخر كالعربون فى عقد البيع arrhes .

٣١٣ — **فى نتائج العقد بالنسبة لخلفاء العاقدين** . الخلف ayant cause هو من يخلف أحد العاقدين فى العقد أو هو من يخلف شخصاً اكتسب حقوقاً أو تحمل تعهدات بسبب تعاقده أو هو من يحصل على حقوق مستمدة من العقد . ولا يشترط فيمن يعتبر خلفاً أن يكون تعاقد بشخصه أو بواسطة ممثل له .

وقد يكون الخلف عاماً أو خاصاً . فالخلف العام ayant eause à litre universel يشتمل الوارث والموصى اليه والعقود التى أبرمها المورث تعتبر حجة على ورثته انما يستثنى من ذلك العقود الملحوظ فيها شخصية العاقد كانقضاء الشركة بموت أحد الشركاء وانتهاء التوكيل بموت الموكل أو الوكيل

والخلف الخاص ayant cause à litre particulier هو من يتلقى حقاً

يلتزم شخصيا بشىء ما متى صرح بصفته ، كما أنه لا يلتزم بشىء ما اذا جاوز سلطته وأخبر من تعاقد معه بذلك (م ٥٢٤/٦٤٣ م) ، ولا يلتزم النائب شخصيا الا اذا أخفى سعة وكالته (سم ١٦ نوفبر سنة ١٩٠٥ تق ١٨،١٥) إلا أن الاصيل يستطيع فى حال تجاوز الممثل حدود سلطته أن يصدق على أعمال الممثل ويصير بهذه الكيفية طرفا فى العقد (م ٥٢٧ / ٦٤٨ م)

من شخص بعقد من عقود المعاوضات أو بعقد من عقود التبرعات كالمشترى والموصى اليه ، والدائن المرتهن . والقاعدة أن العقود التى يبرمها الشخص لا تؤثر فى حقوق خلفائه فالمشترى لا يطالب بديون البائع . انما يلاحظ أن الخلف الخاص لا يمكن أن يكون له من الحقوق أكثر مما لمملكه ، فاذا كان الحق الذى آل الى الخلف الخاص معلقا على شرط فاسخ وتحقق هذا الشرط ، فيحدث الفسخ أثره فى الحائز . ويمكن الاحتجاج على الحائز بالحقوق العينية التى قررها المملك كحقوق الارتفاق ، والرهن يستثنى من ذلك عقود الايجار التى أبرمها المالك مع الغير اذا كانت ثابتة التاريخ (م ٣٨٩ /٤٧٤ ، ٤٧٥ مدنى)

ويعتبر الدائن العادى خلفاً من نوع خاص لا يجوز أن تخلط بينه وبين الخلف العام أو الخلف الخاص . إذ للدائن العادى حق الضمان على كل أموال المدين ، وهذا الضمان متغير تبعاً لما يصيب أموال المدين من زيادة أو نقصان فهو حق غير مستقر مما يترتب عليه أن العقود التى يبرمها المدين قد تفيد أو تضر دائنيه العاديين تبعاً لما اذا كانت تزيد أو تنقص أمواله ، فاذا أصاب المدين مالا ، فهذا المال ينضاف الى ضمان الدائنين . واذا أخرج مالا من ثروته فلا يستطيع الدائنون أن يوقعوا الحجز على هذا المال ، واذا انشغلت ذمته بدين ، كان للدائن الجديد على أموال المدين نفس الحقوق التى للدائن القديم .

المبحث الثانى — فى الصورية [1]

٣١٤ — فى مراتب الصورية . قد لا يكون التعهد الناشىء بين الدائن والمدين سوى تعهد ظاهر ، بمعنى أن يكون هناك عقد ظاهر يبطل أثره عقد

(١) رسالة الاستاذ صليب بك سامى المستشار الملكى القاهرة سنة ١٩٢٩

سرى . والصورية simulation تتراوح فى عدة مراتب فقد يكون العقد (١) خيالياً fictif إذا بطل أثر العقد الظاهر بكليته بفعل عقد سرى acte secret كالبيع الى مشتر متواطىء مع البائع لاخراج المبيع من الضمان الذى للدائنين على أموال المدين ، ويذكر فى العقد السرى أن البائع ما زال مالكا للشىء المبيع (٢) وقد يكون العقد مستتراً déguisé إذا كان العقد السرى يغير من ماهية العقد الظاهر كتحرير عقد هبة فى صورة عقد بيع هروباً من تحرير عقد رسمى بالهبة ، أو تحرير عقد وصية فى صورة عقد بيع ، (٣) وقد تعدل شروط العقد فى ورقة ضد contre-lettre إذا كانت شروط العقد الظاهر تخالف شروط العقد السرى مما يترتب عليه زيادة أو نقصان تعهدات العاقدين كما لو ذكر فى العقد الظاهر ثمن أقل أو أكثر من الثمن الحقيقى الذى يذكر فقط فى العقد السرى ، ويحصل ذلك فى عقد البيع والايجار والتنازل عن متجر (٤) وقد يحرم القانون على شخص أن يتعاقد بنفسه كالحظر الوارد فى المادة ٢٥٧/ ٣٢٤ على القضاة ووكلاء النيابة والمحامين شراء الحقوق المتنازع عليها ومنع الأولياء والأوصياء والوكلاء شراء الأعيان المنوط بهم بيعها (م ٢٥٨ / ٣٢٥) فيستعار اسم شخص تبرم باسمه الصفقة prête-nom أو personne interposée

والأصل أن الصورية ليست بذاتها سبباً لبطلان التعاقد ، (سم أول فبراير سنة ١٩٠٥ تق ج ١٧ ، ٩٥) حتى لو كان الغرض منها اخفاء غش ، لأن الغش لا ينهض سبباً للبطلان إلا إذا وقع من أحد العاقدين على العاقد الآخر (م ١٣٥ /١٩٦ مدنى) . وهنا العاقدان متفقان على الصورية وكل ما فى الأمر أنهما يقصدان غش خلفائهم ، أو غش الغير ، أو الهروب من أحكام القانون .

٣١٥ — **فى عقود الضد** . ما دام عقد الضد لا يشتمل على اتفاق مغاير للقانون أو للآداب فهو يعتبر صحيحاً ، ذلك لأن عقد الضد هو الذى يفصح

عن إرادة المتعاقدين ، أما العقد الظاهر فهو لا يخرج عن كونه ستاراً . ولما كان القانون لا يأبه إلا بالنية الحقيقية للعاقدين جاز لهم إثبات الاتفاق السرى ، لذلك يجوز لمن كان طرفاً فى عقد الضد أن يقاضى الطرف الثانى (استئناف أهلى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٩ مجموعة رسميـة ج ١١ رقم ٣٣) وإذا أراد أحد العـاقدين أن ينفذ العقد الظاهر جاز للعقد الآخر أن يثبت أن العقد الظاهر صورى وأن الاتفاق الحقيق وارد فى عقد الضد (سم ٩ نوفمبر سنة ١٨٩١ تق ١١ ، ٢٩٠).

أما بالنسبة للغير فلا تأثير لعقد الضد ، ويقصد بالغير هنا (١) الأشخاص الذين حصلوا على حقوق عينية من أحد العاقدين بعد تحرير العقود الصورية (٢) الدائنون لأطراف العقد الصورى . واذا كان الدائن يعتبر خلفاً للمدين إلا أنه لا يعتبر خلفاً فى دعوى الصورية لأن الدائن هو المقصود بالحماية . لذلك يقصد بالغير هنا كل من لم يكن طرفاً فى عقد الضد ، لكن الوارث لا يعتبر من الغير .

واذا تعارضت مصالح الغير ، كانت العبرة بالعقد الظاهر فاذا قام نزاع بين دائنى البائع ودائنى المشترى . فقد يتمسك الفريق الأول بالثمن الظاهر ، ويتمسك دائنو المشترى بعقد الضد اذا كان الثمن المذكور به أقل من الثمن المبين فى العقد الظاهر ، واذا ذكر فى ورقة ضد أن أحد الشركاء لا يقـدم حصته فى رأس مال الشركة ، فلا يجوز الاحتجاج بهذه الورقة على دائنى الشركة .

٣١٦ — فى الاسم المستعار . قد لا يبغى الشخص أن تظهر شخصيته ، فيعهد الى شخص آخر ، بقصد التضليل عادة ، أن يبرم عقداً معيناً ، على أن ينتفع بفوائد هـذا العقد وهذا الشخص الذى أعار اسمه prête-nom هو المتعاقد الظاهر الذى يختفى خلفه المستفيد الحقيق فى حين أن العاقد الحقيقى هو الموكل المستتر mandant dissimulé كتحويل الدين الى شخص لان

الدائن لا يريد أن يطالب المدين لصلة بينهما كالنسب أو الصداقة . ويحدث أن يأمر شخص آخر بسحب كمبيالة ، ويسمى الأول الآمر بالسحب والثانى الساحب الظاهر .

والقاعدة أن هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً لانه لا يتضمن الرغبة فى الهروب من أحكام القانون وانما قد يكون الغرض من هذا التعاقد مخالفة أحكام القانون حتى لا يتمكن الدائنون من التنفيذ على أمواله ، على أن المتعاقد الظاهر هو المسئول أمام الغير لأنه لا يعرف خلاف هذا المتعاقد .

المبحث الثالث — فى التعاقد لذمة الغير

٣١٧ — فى أهمية التعاقد لذمة الغير . أصبح للتعاقد لذمة الغير stipu-lation pour autrui أهمية كبرى فى الحياة الحاضرة إذ مكن من ابرام عقود كان يتعذر ابرامها لولا امكان التعاقد بهذه الكيفية مثل التأمين على الحياة والتأمين على حوادث العمل بمعرفة ولى العمل . ولهذا التعاقد أثر فى عقد النقل فى حالة اتفاق مرسل البضاعة مع أمين النقل على إجراء النقل لمصلحة شخص ثالث فيكون لهذا الاخير — المرسل اليه — دعوى قبل أمين النقل . وتقوم هيئات عامة كمجلس بلدى بأعمال عامة وتتفق مع المقاول على أن يتعهد باجراء أشياء خاصة فى مصلحة العمال . وتمنح الحكومات امتيازات الى شركات توريد الماء أو الكهرباء وتشترط شروطاً خاصة فى مصلحة جمهور المستهلكين

٣١٨ — أساس التعاقد لذمة الغير . لا تقوم لهذا التعاقد قائمة إلا إذا كان للغير مصلحة فيه ، ويجب أن تكون هذه المصلحة مقومة بالمال لامكان المدافعة عنها بدعوى ، لأنه إن لم تكن هناك مصلحة فلا دعوى pas d'intérêt pas d'action ولأن المنافع الأدبية لا تقام لأجلها دعوى .

٣١٩ — الماهية القانونية للتعاقد لذمة الغير. التعاقد لذمة الغير هو عقد

قائم بذاته ينشىء بمقتضاه العاقد stipulant حقاً مباشراً droit propre, direct لمصلحة الغير قبل الواعد promettant وينشأ حق الغير — المستفيد — بغض النظر عن قبوله . لكن المستفيد يستطيع أن يتنازل عن هذا الحق ، كما أن العاقد يستطيع فسخ التعاقد[1] .

٣٢٠ — *فى نتائج التعاقد لمصلحة الغير* — يقتضى هذا التعاقد وجود ثلاثة اشخاص وهم العاقد والواعد والمستفيد مما يترتب عليه نشوء علاقات بين هؤلاء الأشخاص نفصلها فيما يلى : —

(١) علاقة الواعد بالمستفيد . ينشىء هذا التعاقد لمصلحة المستفيد حقا قائما بذاته ومباشرا فيصبح المستفيد دائنا للواعد ويملك مقاضاته لالزامه بالوفاء ، واذا لم يقم بالوفاء كان له حق مطالبته بتعويض ، وينتقل هذا الحق الى ورثة المستفيد . وينشأ هذا الحق مباشرة دون حاجة الى تدخل العاقد ، ويدخل ضمن ثروة المستفيد بلا وساطة العاقد . لكن المستفيد لا يكتسب هذا الحق الا اذا كان تعاقد العاقد صحيحا . لذلك يستطيع الواعد أن يدفع فى مواجهة المستفيد بكل الدفوع التى يستطيع ابداءها فى مواجهة العاقد ، كعدم الأهلية ، أو عدم استيفاء العقد للشروط الشكلية

ولا يكون المستفيد طرفا فى التعاقد ، ويحصل تعيين المستفيد وقت التعاقد ، وقد يحتفظ العاقد بحق تعيينه فيما بعد كما هو الحال فى عقود التأمين .

(٢) علاقة العاقد بالواعد : يحدث العقد بالنسبة لهما النتائج العادية لأنهما طرفا التعاقد . فيملك العاقد دعوى الفسخ فى حالة عدم تنفيذ الواعد الشروط

---

(١) وضع الشراح نظريات أخرى مثل نظرية العرض ونظرية الفضالة (بلانيول) وقد أخذ القضاء المختلط بنظرية الحق المباشر (سم ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٨٤ تق ج ، ٧ ، ٤٦) وأخذ بهذه النظرية الاستاذ لامبرت وكابتان (ج ٣ ، ١٣١) ويتجه القضاء الفرنسى الى الأخذ بها (نقض فرنسى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٧ ، د ، ١٩٠٨ ، ١ ، ١٢٩)

المتفق عليها . واذا اشتمل العقد على شرط جزائى جاز للعاقد أن يطالب الواعد بدفع مبلغ الجزاء الخ.

(٣) فى علاقة الواعد بالمستفيد : لا يتحمل المستفيد أى التزام بسبب تعاقد العاقد . ولا يلتزم الواعد قبل المستفيد بأى شىء الا اذا قبل هذا الأخير العقد . وقبول المستفيد اما ان يكون صريحا أو ضمنياً . وقد يكون التعاقد لذمة الغير من عقود المعاوضات مثل بيع منزل على أن يدفع المشترى الثمن الى دائن البائع ويكون البيع فى هذه الحالة بمثابة وفاء ويتشابه مع الانابة délégation لكن الغالب أن يكون التعاقد لذمة الغير بلا عوض ولا يخضع لقواعد الهبة الشكلية .

الفرع السادس — فى بطلان العقود وفسادها

٣٢١ — **فى التفرقة بين العقود الباطلة والفاسدة.** تنقسم العقود من حيث عدم صحتها الى عقود باطلة nul وعقود فاسدة annulable

العقد الباطل : هو العقد غير الصحيح باصله لمخالفته للنظام العام

العقد الفاسد : هو العقد الصحيح باصله ولكن لازمه منذ نشأته عيب يوجب فسخه . فهو يحمل فى ثناياه العلة التى تخترمه ، والجرثومة التى تقضى عليه بالفناء ، وتعوزه الحيوية القانونية اللازمة لبقائه .

والتفرقة بين العقود الباطلة والفاسدة تقضى بها طبائع الأشياء . فيكون العقد باطلا اذا كان غير مشروع أو غير موجود . اما اذا كان العقد مشروعا وابطل التزام احد العاقدين لعيب فى رضائه فلا يؤثر هذا البطلان فى صحة التزام العاقد الثانى .

ويستفاد من نصوص القانون المدنى أن المشرع رأى أن يفرق بين العقود الباطلة والعقود الفاسدة [١]

المبحث الاول — فى العقود الباطلة

٣٢٢ — تقسيم . يرى بعض الفقهاء تقسيم العقود الباطلة ، الى معدومة وباطلة بحكم القانون

(١) **العقود المعدومة** [٢] : وهى التى ينقصها احد الاركان الجوهرية لتكوينها بحيث لا يمكن تصور وجودها بدون هذا الركن الناقص . وهذه العقود لها وجود مادى فقط ولكن لا أثر لها بالمرة من الوجهة القانونية كوصية صادرة من طفل أو مجنون او بيع لم يتفق فيه على الثمن او المبيع أو الوفاء مع انعدام الدين أو زواج شخصين من جنس واحد

(٢) **العقود الباطلة بحكم القانون** [٣] . وهى التى تشتمل على كل اركان العقود لكنها باطلة لان القانون يحرمها كالعقود المخالفة للآداب أو القانون وكالعقود التى يشترط لصحتها تحريرها بكيفية خاصة كهبة العقار [٤]

وليس لهذه التفرقة أهمية من الوجهة العملية لأن العقد فى كلتا الحالتين لا ينتج أثرا قانونا ، ويعتبر فى نظر القانون باطلا سواء أكان سبب البطلان انعدام الرضا أم مخالفة القانون

---

(١) تقول المادة ٩٤/١٤٨ م « يشترط لصحة التعهدات l'obligationn existe والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا » وتقول المادة ١٣١ ، ١٩١م « مجرد عدم الاهلية موجب لبطلان المشارطة la nullitè d'une convention والمادة ١٢٤ / ١٩٣ م « الغلط موجب لبطلان الرضا » والمادة ١٣٥ / ١٩٥ م لا يكون الاكراه موجبا لبطلان المشارطة الا اذا كان شديدا »

(٢) acles inéxistants أو acles non avenus

(٣) acles nul de plein droit أو البطلان الحتمى

(٤) بلانيول ج ١ بند ٣٤٩

٣٢٣ – فى البطلان الصريح والبطلان الضمنى[١] البطلان الصريح هو الذى ينص عليه القانون . والبطلان الضمنى هو الذى يترتب عليه البطلان ولو لم ينص القانون عليه . ذلك أن المشرع قد يفوته النص على البطلان . ويستفاد البطلان من عبارة القانون واستعماله صيغة التحريم أو الأمر . ويتعين على القاضى أن يقضى بالبطلان بسبب مخالفة أوامر أو نواهى القانون . ويكون هذا فى كل الاحوال التى تتعلق بالنظام العام أو المصلحة العامة .

٣٢٤ – فى الآثار المترتبة على البطلان – يترتب على بطلان العقود الآثار الآتية : —

(١) وقوع البطلان منذ اللحظة التى تم فيها العقد . لا يترتب على العقد الباطل أى أثر قانونى . ولا يترتب للدائن الظاهر أى حق ، ولا يتحمل المدين الظاهر أى التزام لأن العقد باطل بحكم القانون . ولا يقضى القاضى ببطلان العقد الباطل ولكنه لا يعترف بوجوده .

على أن القول بأن العقد الباطل لا ينتج أثراً قانونيا لا يفيد أنه لا ينتج أثرا البتة . فقد يحدث العقد الباطل تغييرا فى الظروف المادية . لذلك يطاب من القاضى اعادة الامور الى نصابها الاول . فاذا دفع مبلغ من النقود تنفيذا لعقد باطل ، فلا يمكن استرداد ما دفع عنوة ، بل يجب على من يطالب الاسترداد أن يتوجه بطلبه الى القاضى . فاذا اقتنع بأحقية هذا الطلب اهمل العقد الباطل وقضى بالرد . ولا شك فى أن القاضى يبين فى حكمه أسباب رد مادفع ولكنه لا يلزم بأن يقضى ببطلان العقد لأنه يعتبر فى حكم المعدوم[٢]

(٢) فى جواز التمسك بالبطلان لكل ذى حق : اذا أراد شخص ان يستفيد من العقد الباطل جاز لخصمه ان يفوت عليه الفائدة بأن يتمسك ببطلان العقد ومعنى

---

(١) nullitè tacite, nullitè escpresse وقد أسماها أوبرى ورو nullitè virtuelle

(٢) بلانيول ج ٢ بند ٣٢٠

هذا أن العقد يعتبر باطلا بالنسبة للكافة ، لأن البطلان أساسه المصلحة العامة وهو ما يعبر عنه بان « البطلان الحتمى بطلان مطلق »

(٣) البطلان لا يطهر بالتصحيح : لما كان البطلان موجودا منذ نشوء العقد ولمصلحة كل الناس فلا يستطيع ذو مصلحة ان يحرم غيره من التمسك بالبطلان بواسطة تصحيح العقد ، ذلك لأن التصحيح لايكون الا بالنسبة للعقود الفاسدة بند (٣٤٠)

(٤) عدم زوال البطلان بالتقادم : لا يصحح البطلان بمرور الزمان لأن العقد الباطل مهما طال عليه القدم لا ينتج أثرا قانونيا . وليس لانقضاء الزمان خاصية تصحيح العقود الباطلة « ويقول علماء الاصول » ما كان باطلا لا يصححه مرور الزمان » على أنه يحسن الاحتراز فى هذه النقطة وذلك أن الدائن بعقد باطل لا يستطيع أن ينفذه حتى لو لم يتمسك المدين بالبطلان . انما اذا طلب خصم استرداد ما دفع بمقتضى عقد باطل ، أو طلب اعادة الشيء الى ما كان عليه ، فقد يدفع المدعى عليه هذه الدعوى بالتقادم . فاذا أخذت المحكمة بدفاع المدعى عليه المبنى على التقادم المسقط ، فلا يكون مبنى رفض دعوى المدعى اعتراف المحكمة بصحة العقد ، ولكن مبناه تقادم دعوى المدعى ، فالعقد ما زال باطلا ، لم يصححه مرور الزمان . وكل مافى الأمر أن المحكمة تعمل على ابقاء الأمور على ماهى عليه تفادياً للاضطراب والتقلقل المترتب على تغيير الأمر الواقع المستقر طوال المدة اللازمة للتقادم[1]

---

(١) نقض فرنسى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ د ، ٨٠ ، ١ ، ١٤٥ . وبلانيول ج ٢ بند ٣٣٩ وكابتان ج ١ ص ٧٨

المبحث الثانى — فى العقود الفاسدة

٣٢٥ — فى أحوال فساد العقود : تنحصر أسباب فساد العقود فيما يلى :

(١) العقود المعقودة بمعرفة عديمى الأهلية إلا إذا كان عدم الأهلية مطلقاً كالطفل المجنون .

(٢) العقود المعقوده بمعرفة ذوى الأهلية الذين شاب رضاءهم خطأ أو غش أو اكراه . ومبنى الفساد رغبة القانون فى حماية من قرر الفساد لمصلحته وليس مبناه المحافظة على مصلحة عامة . ينبنى على ذلك ما يأتى : —

(١) العقد الفاسد صحيح بأصله لا بوصفه . فهو مشروع فى نفسه وينتج كل الآثار القانونية .

(٢) لا يستفيد من دعوى الفساد إلا من قصد القانون حمايته فلا يستفيد منها الغير ، ولا نفس العاقد . وقد قرر القانون هذه القاعدة بالنسبة لعديمى الأهلية وهى تسرى على العقود التى شابها خطأ أو اكراه أو غش (م ١٣٢/١٩٢ مدنى) .

(٣) يجوز لمن قرر الفساد لمصلحته أن يصحح العقد بالكيفية والشروط المقررة لتصحيح العقود .

(٤) تسقط دعوى الفساد بمضى خمس عشرة سنة (م ٢٠٨/٢٧٢ م) ويبدأ التقادم منذ اليوم الذى ينعقد فيه العقد مع ملاحظة أحوال وقوف وانقطاع التقادم .

٣٢٦ — فيما يترتب على فساد العقد . يترتب على الحكم بفساد العقد زوال آثاره حتى بالنسبة للماضى . انما يجب التفرقة بين العاقدين والغير .

(١) آثار الفساد بالنسبة للعاقدين . كل مادفع أو سلم الى أحد العاقدين بناء على العقد الفاسد يتعين رده الى العاقد الثانى . فيرد البائع الثمن ، والمشترى

المبيع . اما اذا كان العقد لم ينفذ فيبرأ العاقدان من التزاماتهما المترتبة على العقد الفاسد .

ويستثنى من هـذا الأثر الرجعى فساد العقد بسبب عدم أهلية أحد العاقدين لصغر أو سفه . إذ لا يلزم عديم الأهلية إلاّ برد قيمة المنفعة التى استحصل عليها بتنفيذ العقد من العاقد ذى الأهلية (م ١٣١/١٩١ م) . فاذا باع قاصر شيئاً بمبلغ ألف جنيه ، واستطاع أن يبطل العقد بعد أن أنفق نصف الثمن ، برئت ذمته اذا أوفى النصف الباقى . وهـذا الحل مما تقضى به العدالة وتتعذر بدونه حماية عديمى الأهلية من غفلتهم وجهلهم ما جريات الحياة . ومن الانصاف أن يتحمل العاقد البالغ الخسارة المترتبة على تعاقده فى ظروف مريبة . وتسرى المادة ١٣١/١٩١م على التعاقد الحاصل بين عديمى الأهلية أنفسهم . وقد يعترض على هـذا الرأى بأن طرفى التعاقد محتاجان الى الحماية ، ولكن يرد على ذلك بأنه من المبادىء العامة أن عديم الأهلية لايلتزم إلاّ بمقدار ماعاد عليه من المنفعة (جوسران ج ٢ بند ٣٦٢)

ويلاحظ أن من استولى على شيء بمقتضى عقد فاسد لايلزم برد ثمراته اذا كانت حيازته لهـذا الشيء مقترنة بحسن النية (بودرى وبارد ج ٣ بند ١٩٦٩) .

(٢) آثار الفساد بالنسبة للغير . تزول الحقوق العينية المقررة بمعرفة الحائز الذى أبطل عقده ، ويمتد هذا الأثر الى الماضى بشرط أن يؤشر بذلك على هامش التسجيل بمقتضى الحكم القاضى بالبطلان .

القانون المختلط . عنى القانون المختلط بحماية الدائنين المرتهنين بحسن نية الذين تسجلت حقوقهم فقضى فى المادة ١٧٦ مدنى بأن « فسخ العقد الناقل للملكية العقار لا يضر بحقوق الدائنين برهونات مسجلة » وقضى فى المـادة ١٩٧ مدنى بأن « بطلان المشارطة الناقلة للملكية لا يضر بحقوق الدائنين برهونات مسجلة اذا كانوا حسنى النيه » وفى الماده ٤١٧ مدنى « لا يترتب

على فسخ بيع العقارات بالنسبة لغير المتعاقدين ضرر بحقوق أصحاب الرهون العقارية المسجلة » .

المبحث الثالث — فى تصحيح العقود

٣٣٧ — فى الفرق بين التصديق والتصحيح يحسن أن نفرق بين التصديق والتصحيح ، وبخاصة لأن القانون لم يراع الدقة فى استعمال هذين اللفظين . (١)

التصديق . ratification التصديق هو الموافقة على عقد ، من صنع الغير لم يشترك فيه من يطلب منه التصديق ، كالتصرفات التى تحصل من الفضولى فقد يحصل التصـــديق عليها بمعرفة من أجرى العمل لمصلحته le maitre ، وكالتصديق على تصرفات القبيل porte-foir (انظر بند ٣٠١) والتصديق الحاصل بهذه الكيفيه لا يترتب عليه زوال العيب الذى شاب التصرف ، ان كان ثم عيب . ذلك لأن التصديق لا يفيد فى هذه الحالة التنازل عن أى دعوى أو حق .

التصحيح . confirmation . التصحيح هو التنازل صراحة أو ضمنا عن حق الاحتجاج بالفساد الذى شاب التصرف القانونى . والتنازل عن دعوى الفساد يترتب عليه تطهير التصرف من العيب الذى شابه ولازمه . والتصحيح ، باعتباره تنازلا من نوع خاص عن حق ، لا يشترط فيه القبول (اوبرى ورو ج ٤ بند ٣٣٧ وبند ٣٢ ص ٤٤٤)

---

(١) م ١٢٧ / ١٩٨ مدنى « من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها أو رفضها » ٢٢ ويقول النص الفرنسى ce tiers a le choix de confirmer والصحيح ratifier وتقول المادة ٥٢٧ / ٦٤٨ م « على الموكل تنفيذ ما التزم به وكيله باسمه بموجب التوكيل وعليه أن يبين فى ميعاد لائق ما فى عزمه من التصديق أو عدمه على ما فعله الوكيل خارجا عن حدود الوكالة» s'ilentend rotifier والصحيح confirmer

٣٣٨ — فى أنواع التصحيح — يجب التفرقة بين التصحيح الصريح والتصحيح الضمنى ، والتصحيح بمضى المدة confirmation présumée

(١) التصحيح الصريح . أشار القانون المصرى عرضا الى تصحيح العقود ، فى المواد ١٣٨ و ١٣٩ / ١٩٩ و ٢٠٠ فى صدد الكلام على تفسير العقود .

ولما كان التصحيح ، كالتنازل ، فيشترط أن تتوافر فيه شروط التنازل الصحيح من حيث الاثبات فيثبت بالكتابة فيما زاد عن عشر جنيهات ، وبغيرها فيما عدا ذلك (سم ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ تق ج ١٩ ، ٤٥) ويجب أن يشتمل العقد المصحح على موضوع الالتزام substance de l'obligation وسبب الفساد أى العيب الذى أصاب العقد المطلوب تطهيره منه ، وأن تتوافر نية ازالة هذا العيب (قارن سم ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧. تق ج ٢٩ ١٧١) . واذا لم تتوافر هذه الشروط ، فلا يكفى هذا العقد الجديد لاثبات التصحيح . أو يعتبر على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالبينة .

(٢) التصحيح الضمنى . وهو الذى يستدل عليه من السلوك أو من الظروف التى تنم عن نية صاحب الحق فى التنازل عن العيب كتنفيذ التعهد وبخاصة اذا وقع عن علم بالعيب وكان التنفيذ خاليا من العيب الذى شاب العقد الأصلى . فاذا نفذ المجنى عليه ذو الأهلية التزامه فى وقت ظهرت له فيه الحقيقة ، اعتبر التنفيذ تصحيحاً ضمنيا للعقد الذى ظل فاسداً حتى هذه اللحظة (اوبرى ورو الجزء الرابع بند ٣٣٧ متن وبند ٣١ مكرر ص ٤٤٣ ونقض فرنسى ١٣ يناير سنة ١٩٠٢ د ، ١٩٠٣ ، ١ ، ٢٢٤) . ويعتبر دفع الثمن ، واستلام البضاعة تصحيحاً ضمنياً (سم ٢ مارس سنة ١٩١٦ تق ج ٢٨ ، ١٨٤) . وقد يستفاد التصحيح الضمنى من استلام المبيع ، واستعماله مع العلم بالعيب .

كذلك يستفاد التصحيح من تصرف المجنى عليه مع الغير . فاذا اشترى شخص عقارا وكان يعلم انه له حق فسخ البيع ، ولكنه بدلا من أن يحتج بالفساد ، باع العقار الى شخص آخر ، فيعتبر متنازلا العيب (اوبرى ورو ج ٤ بند ٣٣٧ ص ٤٤٣ هامش ٣١) واذا أقام المشترى بناء على العقار الذى اشتراه فيعتبر متنازلا عن العيب (بودرى وبارد ج ٣ بنــــد ١٩٩٠) . والتنفيذ الجزئى كالتنفيذ الكلى سواء بسواء فى دلالته على التنازل .

انما اذا كان التصرف الحاصل يبعث على التشكك فى مرماه لاحتماله معنى التصحيح أو عدم الرغبة فى التصحيح ، فلا يكفى هذا التصرف لتصحيح العقد كما لو دفع المدين الدين لا بمحض ارادته ، بل لكى يتفادى المقاضاة ، أو التنفيذ القهرى فلا يعتبر الوفاء تصحيحاً . ويحسن بالمدين أن يحتفظ بحقه ، لكن التحفظ ليس بلازم ، لأن المهم هو النية (اوبرى ورو ج ٤ بند ٣٣٧ ورقم ٣١ ص ٤٤٣ وقارن سم ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ تق ٩ ، ١٧١)

(٣) التصحيح المفترض أو بمضى المدة . وهو نوع من التصحيح الضمنى يقع بفعل الزمن . ويستنتج من انقضاء المدة المعينة قانوناً لسقوط الحقوق وهى خمس عشرة سنة . وتبتدىء المدة من يوم زوال سبب العيب . فاذا كان السبب عدم الأهلية فمن يوم بلوغ الرشد أو رفع الحجر ، وفى الاكراه من يوم زواله ، وفى الغلط والتدليس من يوم علم المدين بالحقيقة (فتحى زغلول ص ٢٠٩)

٣٣٩ — فى شروط التصحيح. يشترط فى التصحيح أن يكون العاقد عالما بالعيب الذى جعل العقد فاسداً ، وان يصرح العاقد بمحض ارادته بعدم تمسكه بحق طلب الفساد (سم ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ تق ٣٤ ، ٢٦١) . واذا أشتمل العقد على عدة عيوب ، وعلم العاقد بالبعض فقط ، فلا يتناول التصحيح العيوب التى جهلها (بودرى وبارد ج ٣ بند ٢٠٠٤)

٣٤٠ — العقود الجائز تصحيحها. العقود التى يجوز تصحيحها هى العقود

الفاسدة بسبب عدم الأهلية المؤقتة لأحد العاقدين ، او بسبب فساد رضائه بالغلط ، أو الاكراه ، أو الغش . فلا يجوز تصحيح عقد محرم قانوناً ، أو تصحيح عقد ينقصه رضا أحد العاقدين

واذا نص القانون على ضرورة اتباع شكل معين لأنعقاد العقد ، فلا يجوز التصحيح دون مراعاة الاجراءآت التى قررها القانون ، وتطبيقاً لهذه القاعدة لا يمكن تصحيح عقد هبة لم تحرر فى صورة عقد رسمى (م ٤٨/٧٠ مدنى) ويفترض التصحيح دائماً أن لا يكون العقد باطلا أصلا ab initio

٣٤١ — متى يجوز التصحيح. يشترط لتصحيح العقد زوال السبب المفسد له . فاذا كان العقد فاسداً لعدم الأهلية فلا يستطيع العاقد التصحيح الا بعد بلوغ الرشد (سم ١٧ يونيه سنة ١٩١٥ تق ج ٢٧ ، ٤١٧) . واذا كان الفساد سببه الغلط أو الغش أو الاكراه ، فمن يوم علم المدين بهذا العيب أو زوال سبب الاكراه (بودرى وباردج ٣ بند ٢٠٠٧)

٣٤٢ — فيما يترتب على التصحيح . يترتب على التصحيح ، بالنسبة للعاقدين ، اعتبار العقد الأصلى صحيحاً وحرمان كل عاقد من حق الاحتجاج بالعيب (راجع م ١٣٣٨ مدنى فرنسى)

التصحيح بالنسبة للغير . يجب أن لا يترتب على التصحيح ضرر بالنسبة للغير الحائز لحقوق مكتسبة ، عملا بالمادة ١٣٩/٢٠٠ مدنى التى تقضى بأن تصحيح العقود يفسر بنفس القواعد التى تفسر بها العقود وهى الواردة فى المادة ١٣٨/١٩٩ م

والغير هم خلفاء المصحح الذين تلقوا منه بعقد خاص قبل التصحيح حقوقا عينية على الشىء موضوع العقد والذين تزول أو تقل حقوقهم اذا احتج عليهم بالتصحيح ، فاذا رهن قاصر عقاراً ، ثم باع العقار بعد ذلك ، دل هذا التصرف على رغبته فى الاحتجاج بفساد عقد الرهن . فاذا بلغ رشده

وصحيح عقد الرهن الذى أجراه وهو قاصر ، فلا يضار مشترى عقار بهذا التصحيح . لأنه اشترى عقاراً تقرر عليه رهن فاسد . ويفترض فى هذه الحالة ان القاصر بمجرد البيع نقل حق الاحتجاج ببطلان الرهن الى المشترى . وانه بذلك حرم نفسه من حق تصحيح عقد الرهن .

ولا يعتبر الدائنون العاديون من الغير . واذا كان لهؤلاء الدائنين « حق على عموم أموال مدينهم droit de gage Commun ١٤١/٢٠٢ مدنى » فهذا الحق لا يسوغ لهم منع المدين من التصرف فى ملكه الا اذا كان معسراً وتوافرت شروط دعوى ابطال التصرفات » . فاذا كان المدين موسراً وصحح عقداً فاسد ، نفذ التصحيح ولا يهم بعد ذلك معرفة ما اذا كانت حقوق هؤلاء الدائنين ثابتة التاريخ قبل التصحيح أم لا .

ويعتبر المشترى والموهوب له من الغير ، والحائز لحقوق عينية قبل التصحيح من الغير . فاذا باع قاصر عقارا ، دون مراعاة الاجراءات اللازمة قانونا ، كان هذا البيع فاسداً ويمكن ابطاله . فاذا باعه مرة ثانية بعد بلوغه الرشد الى مشتر ثان ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يصحح العقد الأول . لأنه فى الوقت الذى تم فيه البيع الثانى كان يستطيع ، اذا تمسك بفساد البيع الأول ، أن ينقل الملكية الى الثانى . وصدور البيع الثانى منه يلزمه بأن يجعل هذا البيع نافذاً ، وهو لا يستطيع بفعله منع المشترى من الاستيلاء على ما وعده به ولا ينفذ البيع الثانى الا اذا أبطل البيع الأول . ينتج من هذا اعتبار البائع انه نقل الى المشترى الثانى حق الاحتجاج على البيع الأول . ولا يمكن السماح للبائع بالتنصل أو بالعمل على تفويت هذا الحق على المشترى بتصحيح العقد الأول ، والا كان ذلك اخلالا من البائع بضمان أفعاله الشخصية .

تعدد الرهون . قد تتعدد الرهون التى قررها المدين على عقاره . فاذا كان الرهن الأول فاسدا والثانى صحيحاً ، فلا يستطيع الراهن أن يصحح

الرهن الأول اضرارا بالمرتهن الثانى ذلك لأن المرتهن الثانى حل محل الراهن فى حق ابطال الرهن الأول ولا يحرم من هذا الحق الا بانقضاء المدة القانونية المسقطة للحقوق ومن الخطل افتراض علم المرتهن الثانى بالرهن الأول الفاسد ، وحتى مع افتراض علمه بذلك ، فهو يعلم أن الرهن الأول فاسد وأن تصحيح هذا العقد الفاسد لا يمكن أن يضار به الغير . وتقرير الرهن الثانى يفيد أن الراهن نقل حقه فى البطلان الى المرتهن الثانى [1]

الفرع السابع — فى فسخ العقود

٣٣٣ - عموميات . [1] قد يولد العقد صحيحاً لكن يطرأ عليه حادث يحله قبل الأوان المقدر له . وقد يبدو أول وهلة أن الانحلال هنا ، يجب أن يقتصر أثره على المستقبل وأن لا يتناول الماضى . لكن هناك حوادث لها من أهميتها ومن احتمال وقوعها ما يحمل العاقدون على اعتبارها وقت التعاقد ، وربط مصير العقد بها . فاذا تحققت هذه الحوادث وجب أن يزول العقد لأنه فقد سبب وجوده raison d'être ويعمل تحقق أو تخلف الحادث عمل الشرط الفاسخ ، فى كونه له خصيصة السريان على الماضى (م ١٠٥ / ١٥٩ مدنى) واعادة الأمور الى الحالة التى تكون عليها لو يوجد عقد . وهذه الحوادث هى أسباب فسخ resolution وتقايل العقود révocation.

(٢) وثم حوادث تند عن نظر العاقدين ، أو هم لا يعلقون عليها كبير أهمية وليس لها أثر الشرط ، ولا تؤثر إلا فى المستقبل ، ولا يترتب على انحلال

---

(١) أخذ بهذا الرأى جمهور الشراح واحكام المحاكم (بودرى وبارد ج ٣ بند ٢٠١٧ ويرى اوبرى ورو جواز التصحيح لأن المرتهن الثانى يعلم بالرهن الاول من التسجيلات ، وهو يعلم أنه يجوز تصحيحه ، وأنه اذا حصل ذلك كان رهنه فى المرتبة الثانية . ومن الامور المألوفة تعدد الرهون على عقار واحد ، وتقرير رهن ثان ليس معناه تنازل الراهن عن حق ابطال الرهن الأول (اوبرى ورو ج ٣ بند ٢٦٦ رقم ٣١ ص ٤٥٣) .

العقد فيها إلا أثر فى المستقبل وهذه هى هى أســـباب إلغاء العقود résiliation.

المبحث الاول — فى أسباب الفسخ التى تؤثر فى الماضى

٣٣٤ — تقسيم . من الجائز أن يقترن العقد بشرط فاسخ صريح ينتج كل آثاره العادية وهو ما عالجناه فى بند ٦٠ ولا نقصد الاشارة اليه هنا بل الى عدم اتفاق العاقدين على شرط فاسخ صريح للنظر فيما اذا كان العقد يكون فى هذه الحالة بمنجاة من أسباب الفسخ .

والعقد المفرد لا يتعرض للفسخ أما الثنائى فهو عرضة للفسخ ذلك لأن العقود الثنائية معرضة لخطر الفسخ ذى الأثر الرجعى مع ماله من الأهمية النظرية والعملية ، بسبب عدم تنفيذ أحد العاقدين الالتزامات المترتبة على العقد . ويثير عدم التنفيذ بقاء أو فسخ التعاقد . وقد يكون عدم التنفيذ مرده الى (١) فعل منسوب الى المدين (٢) أو فعل غير منسوب الى المدين كقوة قاهرة .

المطلب الاول — فى فسخ العقد لسبب منسوب الى المدين[(١)]

٣٣٥ — فى ماهية الفسخ فى العقود الثنائية . تقتضى العقود الثنـــائية نشوء التزامات متقابلة يتحملها العاقدون . وتفترض هذه العقود وجود دائنين اثنين ومدينين اثنين . ويعتبر كل دائن منهما مديناً للآخر . لذلك تنشأ بين هـذه الالتزامات المتبادلة علاقة تبعية lien de dependance تسمح لأحد العاقدين بأن لا ينفذ التزامه اذا رفض الطرف الثانى تنفيذ التزامه . لأنه مما

---

(١) H. Capitant, de la Cause des obligations, nos 68 et suiv., 147—154.

G. Ripert, La regle morale nos 76 et suiv. Picard et Prudhomme Rev. Trim. de Dr. Civil 1912, p. 61.

يناقى المنطق والعدالة أن يقوم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه فى حين أن العاقد الآخر لايحرك ساكنا . لذلك يجب أن لا يستفيد أحد العاقدين على حساب العاقد الآخر ، ومتى أخل أحد العاقدين بالتعاقد وجب أن يتحلل العاقد الآخر منه . من أجل ذلك أعترف للعاقد بحق الاحتجاج بدفع « الاتفاق غير المنفذ non adimpleti contractus » وهذا الدفع يسمح للعاقد أن يعارض طلب التنفيذ الموجه اليه من العاقد الثانى إذا لم يقم هذا الأخير فى الوقت نفسه بتنفيذ تعهده . وقد ترتب على هذه القاعدة نتيجة أخرى وهى انه ما دام أحد العاقدين لم يحصل من العاقد الثانى على ما تعهد به ، فيجوز للأول أن يطلب فسخ العقد [1]

٣٣٦ — النصوص القانونية أشار القانون الفرنسى فى المادة ١١٨٤ إلى تضمن العقود الثنائية شرطاً فاسخاً ضمنياً فى حالة عدم قيام أحد العاقدين بوفاء ما التزم به ، على أن يكون الفسخ بحكم قضائى بناء على طلب أحد الخصوم . ولم يشر القانون المصرى صراحة الى الشرط الضمنى الفاسخ بل اكتفى فى المادة ١١٧/١٧٣ بتقرير أنه « اذا امتنع المدين من وفاء ما هو ملزم به بالتمام فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد . . . » فاذا لم يدفع المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه كان للبائع الخيار بين فسخ البيع أو الزام المشترى بدفع الثمن (م ٤١٣/٣٣٢ مدنى) .

٣٣٧ — فى خصائص الفسخ . لايعدو الفسخ أن يكون (١) جزاء للالتزامات التعاقدية (٢) وتفسيراً لنية العاقدين .

(١) ويترتب على اعتبار الفسخ جزاء النتائج الآتية : —

ا — لا يقضى بالفسخ إلا اذا كان عدم الوفاء منسوباً الى المدين فاذا

---

(١) لم ترد هذه القواعد فى القانون الرومانى ، وهى من وضع رجال الدين القانونيين les canonistes ويسمى الشرط الفاسخ pacte commissoire

كان عدم الوفاء مرده الى سبب أجنبى عن المدين أو قوة قاهرة فلا محل لتطبيق نظرية الفسخ . واذا صح أن القوه القاهرة يترتب عليها انحلال العقد لكن الانحلال يكون سببه استحالة الوفاء . وفى هذه الحالة ينحل العقد من تلقاء نفسه de plano لأن التزام أحد العاقدين فى العقود الثنائية لا يبقى متى زال أو انقضى التزام العاقد الثانى . وليس للدائن فى هذه الحالة أن يتوجه بأى طلب الى المحكمة . وبفرض تدخل المحكمة ، فلن يكون الغرض من تدخلها إلا اثبات الانحلال بسبب ما اعترى العقد من تمزق وتقطع فى وجوده وكيانه ، ويقتصر حكم المحكمة على اعلان هذه الحالة الجديدة .

ب — لا يقع الفسخ إلا بحكم قضائى ، لأن الانسان لا يستطيع أن يقضى لنفسه بنفسه [1] وتملك المحكمة رفض طلب الفسخ اذا كان طالب الفسخ لم يقم بوفاء ما تعهد به [2] . على أن المحكمة تملك الاذن بالوفاء على أقساط وبميعاد لائق اذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم للمدين (م ١٦٨ / ٢٣١ مدنى) فاذا لم يقم المدين بالوفاء فى نهاية الأجل الممنوح له ، فسخ العقد . وجرى العمل على أن المحكمة ، توقعاً لهذا الاحتمال ، تقضى بالفسخ سلفاً فى حالة عدم الوفاء ، تفادياً من تحميل الدائن مشقة ومصاريف رفع دعوى أخرى من جديد .

واذا كان الأصل فى الفسخ أنه لا يقع إلا بحكم قضائى ، فليس من الضرورى أن يسبقه ثبوت تقصير المدين mise en demeure (نقض فرنسى ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ د، ١٩٢٣ ، ١ ، ٢٢) ولكن الفسخ يقترن دائماً بالمطالبة بتعويض وفى هذه الحالة يجب اثبات تقصير المدين . ويجوز الاتفاق على وقوع

---

(١) وفى هذا يختلف فسخ العقود الثنائية عن الشرط الفاسخ العادى لأن فسخ العقود الثنائية يعتبر جزاء

(٢) سم ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ تق ج ١٦ ، ١٢٠ وقارن سم ٣١ مايو سنة ١٩١٤ تق ج ٢٦، ٤٠٣ وسم ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤ ، ٢٠٨ . ونقض فرنسى ٣٠ يولية ١٩٢٨ داللوز الاسبوعى ١٩٢٨، ٤٩٣.

الفسخ بحكم القانون دون حاجة الى صدور حكم قضائى ، وذلك لأن الفسخ ليس من النظام العام .

(٢) يترتب على اعتبار الفسخ تفسيراً لنية المتعاقدين النتائج الآتية :

ا — لا يكفى مجرد عدم تنفيذ التعهد ليكون للدائن حق الفسخ ، انما يشترط أن يكون الاخلال جسيما لكى يترتب عليه حسب نية المتعاقدين، فسخ التعاقد . لذلك لا يلتفت دائماً الى عدم الوفاء الجزئى. ومما لا شك فيه امكان تصور الفسخ من الوجهة النظرية ، مهما كان الاخلال بالتعهد طفيفاً [١] . ولكن يتعذر تصور وقوع الفسخ ، من الوجهة العملية متى كان المبلغ الباقى فى ذمة المدين ضئيلا . لذلك يتعين على المحكمة أن تستقصى نية العاقدين وقت التعاقد .

ب — لا يسرى الشرط الضمنى الفاسخ الا على العقود التى تتوافر فى الالتزامات المترتبة عليها رابطة التبعية أى العقود الثنائية كعقود البيع عدا البيوع الخاضعة لشروط خاصة بسبب موضوع البيع كصيدلية أوبسبب كيفية وفاء الثمن كما لو كان ايراداً مقرراً مدى الحياة (م ٤٨٠ / ٥٨٨ مدنى) أو بسبب تسجيل الحقوق العينية المقررة من المشترى (م ٦٢٠ / ٧٤٧ مدنى) وكالحالة التى نصت عليها المادة ٤١٧ مدنى مختلط وما نصت عليه المادة ٦٢١ / ٧٤٨ مدنى والمادة ٣٥٤ / ٣٦٤ تجارى والمادة ٦٣٥ مرافعات مختلط . ولا يجوز فسخ القسمة بسبب عدم تنفيذ أحد المتقاسمين الالتزامات التى تحملها.[٢] وذلك لأن القسمة تقتضى اجراءات معقدة وطويلة ، وتمس مصالح عديدة يترتب على نقضها أضرار كثيرة . ويلاحظ من جهة أخرى أن القانون رتب للمتقاسمين امتيازاً على العقار الشائع . وهذا الامتياز فيه الكفاية لضمان حقوق المتقاسمين (م ٦٠٢ / ٧٢٨ مدنى) .

---

(١) نقض فرنسى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ د ، ١٩١٣ ، ١ ، ٤٧

(٢) نقض فرنسى ١٤ مايو سنة ١٨٣٣ س ١٨٣٣ ، ١ ، ٣٨

ج — لما كان الفسخ يعتبر مفسراً لنية العاقدين فهو يؤثر فى الماضى. ويكون شأنه كالشرط الفاسخ العادى (انظر بند ٦١ ص ٧٢) وهـذا الأثر يقع بالنسبة للعاقدين فيزول العقد فى المـاضى وفى المستقبل. فنى عقد البيع يلتزم المشترى بأن يرد الى البائع المبيع. وتستطيع المحكمة أن تقضى على المدين المتخلف بتعويض للطالب. وأما بالنسبة للغير فتزول الحقوق العينية المقررة بمعرفة الحائز. ولـكن المشرع عمل على صيانة الحقوق العينية العقارية بالنسبة لعقد البيع (م٦٢٠/٧٤٧مدنى وما نصت عليه المادة ٣٤٠مدنى مختلط).

٣٣٨ — *فى صور الشرط الفاسخ*. بما أن الشرط الفاسخ جاء مفسراً لنية العاقدين، فلهم أن يعدلوا مدى هـذا الشرط الضمنى بشرط صريح فيزول الشرط الضمنى الفـــاسخ ليحل محله الشرط الصريح الفاسخ. pacte commissoire exprès. انما اذا اكتفى العاقدان بذكر الفسخ عند اخلال احد العاقدين بالتزاماته، فلا يفيد هـذا البيان شيئاً، لأن الشرطين يتعادلان من جميع الوجوه. ولـكن جرى العمل على أن لا يكتفى العاقدان بالاشارة الصريحة الى حق الفسخ بل يضيفان الى هذا أن العقد يفسخ بحكم القانون. وهذه الأضافة يترتب عليها النتائج الآتية : —

(١) يغنى هـذا البيان عن تدخل المحاكم فلا يلتزم الدائن برفع دعوى ويتفادى المصاريف وطول الأجراءات، والعنت المترتب على التقاضى. وهذا هو الغرض الأسمى الذى يحققه هذا البيان.

(٢) وما دام القاضى لا شأن له فى الفسخ، فلا محل لمنح المدين أجلا قضائياً للوفاء (قارن م ٣٣٤/٤١٦ مدنى).

(٣) ولـكن هل يعفى الدائن من اثبات تقصير المدين ؟ ترى محكمة النقض الفرنسية [١] عدم لزوم التنبه على المدين تنبيهاً رسمياً لأن عدم الوفاء هو الذى يثير الفسخ من مكمنه، فهو نتيجة عدم الوفاء. لـكن جمهور الشراح

---

(١) نقض فرنسى ٢٩ نوفبر سنة ١٨٨٦ د، ١٨٨٧، ١، ٣٨٨

على خلاف هذا الرأى للأسباب الآتية : —

ا — نقضى المادة ٤١٦/٣٣٤ مدنى بانه اذا أشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، انفسخ البيع اذا لم يدفع المشترى الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً . وهذا النص لا يجب تفسيره بالدليل العكس a contrario بل بالدليل القياسى a simili . والحل الذى ارتآه القانون لعقد البيع يصلح بالنسبة لكل العقود .

ب — ان ما ذهبت اليه محكمة النقض يجاوز غرض العاقدين ، لأنهم قصدوا من شرط الفسخ « بحكم القانون » إقصاء التدخل القضائى ، ولكنهم لم يقصدوا حرمان الدائن من الخيار ، الممنوح له بمقتضى المادة ١٧٣/١١٧ مدنى ، بين تنفيذ العقد أو فسخه .

(٤) يجوز للعاقدين الاتفاق على فسخ العقد فى حالة عدم الوفاء بدون احتياج الى اثبات تقصير المدين . وهذا الشرط جائز وصحيح . وقد أشارت إليه المادة ٤١٦/٣٣٤ مدنى « . . . . الا اذا أشترط فى العقد ان البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج الى التنبيه الرسمى »

المطلب الثانى — فى فسخ العقود لسبب غير منسوب الى المدين

نظرية الغَرر [١]

٣٣٩ — تمهيد . تتصل نظرية الغرر اتصالا وثيقاً بموضوع انقضاء التعهد لاستحالة الوفاء (بند ١٥٨ — ١٦٢) فاذا تعذر تنفيذ تعهد لسبب خارجى لادخل لأرادة المدين فيه ، كالقوة القاهرة ، أنقضى التعهد وبرئت ذمة المدين عملا بقاعدة المستحيل لا يلزم (بند ١٥٨) فاذا كان التعهد مصدره عقداً مفرداً ظل كل شىء على ما هو عليه . (بند ١٦٠) . اما اذا كان التعهد مصدره عقداً ثنائياً ، كان كل عاقد دائناً ومديناً للآخر . والآن ما هو مصير الالتزام

---

(١) Théorie des risques الغرر لغة بمعنى الخطر

الذى يعتبر مقابلا Contre - partie للالتزام المنقضى لاستحالة الوفاء ؟ هل يبقى أم يزول هذا الالتزام بدوره بسبب ما يقتضيه التعاقد من تحقق التعادل والتوازن . وبعبارة أخرى أى العاقدين يتحمل فى النهاية وبلا تعويض من العاقد الآخر ، الغرر أى النتائج الضارة المترتبة على استحالة التنفيذ ؟ يتوقف الجواب على معرفة الى أى مدى تعتبر الالتزامات المترتبة على العقود الثنائية مرتبط بعضها ببعض . وهل تظل مترابطة ومتساندة ، يشد بعضها بعضاً ، بحيث لو انهار أحدها ، انهار له الالتزام الآخر .

٣٤٠ — **تحرير الغرر بقية العاقدين** . لنفرض أن محل كوك نظم رحلة بحرية ثم قامت حرب بحرية منعت تنفيذ العقد . فالمسافرون لم يلتزموا بدفع الثمن الا بسبب تعهد كوك بالقيام برحلة بشروط معينة . واذا دفع النظارة أجرة مشاهدة رواية تمثيلية ، ثم عُدل عن التمثيل بسبب خارج عن ارادة مدير المسرح ، فدفع الأجرة يقابله التزام المدير بعرض مشاهد حسب الشروط المعلن عنها فى الاعلانات . ولم يقع فى خاطر هؤلاء الناس أنهم دفعوا نقودهم لاجل لا شىء . وهم لم يقصدوا تقديم هدية الى محل كوك أو الى مدير المسرح . بل قصدوا ابرام صفقة . وهذه الصفقة ذات أجزاء متماسكة ومتضامنة . والالتزامات المترتبة عليها يستند بعضها على البعض الآخر . فاذا سقطت من جانب ، سقطت الصفقة بحذافيرها . لذلك يتحمل المدين الذى أستحال عليه الوفاء خطر الصفقة . فحل كوك أو مدير المسرح تبرأ ذمتهما من التزاماتهما ، ولكنهم لا يستطيعون مطالبة من تعاقدوا معهما بشىء ما ، فهما اللذان يتحملان كل ما ترتب على هذا المشروع الجهيض من عناء ومساعى ومصاريف .

٣٤١ — **النصوص القانونية** . لم يقرر القانون المدنى بصفة عامة القاعدة السالفة الذكر ولكنه أورد بمناسبة بعض العقود ، حلولا خاصة

تقضى بأن استحالة الوفاء التى تزيل الالتزامات الملقاة على أحد العاقدين، يترتب عليها سقوط الالتزامات المقابلة لها، وسقوط العقد ذاته.

(١) اذا هلك الشىء المؤجر بقوة قاهرة ينفسخ الايجار حتما أى بحكم القانون دون أن يكون لأحد العاقدين الرجوع على الآخر بتعويض (م ٣٧٠ / ٤٥٤ م).

(٢) اذا سلم صاحب العمل مهمات الى الصانع وحصل تلفها بسبب قهرى فيكون تلفها على المالك، ويضيع على الصانع أجرته (م ٤١٧ فقرة ثانية / ٥٠٩ م) أى أن الصانع تبرأ ذمته من التزامين وهما (ا) اتمام العمل (ب) رد المهمات التى تسلمها. ويبرأ المالك من التزامه بدفع الأجرة.

(٣) اذا كانت حصة شريك تقديم شىء وهلك قبل التسليم بقوة قاهرة سقط تعهده لاستحالة الوفاء، لكن الالتزامات التى تحملها بقية الشركاء تسقط بدورها أيضاً. ومعنى ذلك انحلال الشركة (م ٤٤٥ / ٥٤٢ مدنى فقرة ثالثة).

وتفترض هذه الحلول وجود قاعدة عامة مقتضاها أن الالتزامات المترتبة على عقد ثنائى، يكون كل التزام منها شرطاً لوجود الآخر، فاذا زال التزام زال الالتزام المقابل له، بكيفية أن العقد ينحل ويقع الخطر على المدين بالالتزام المستحيل تنفيذه. وكل هذا تطبيق لفكرة تساند أو تضامن الالتزامات المترتبة على عقد ثنائى واحد وما يترتب عليها من تحميل المدين المتعذر عليه الوفاء، خطر الصفقة.

(٤) أعتبر القانون المصرى أن الملكية لا تنتقل الى المشترى إلا بعد تسليم المبيع، فالمشترى يلتزم بتسليم المبيع الى البائع، فاذا استحال عليه تنفيذ هذا الالتزام بسبب هلاك المبيع، فسخ البيع، وسقط عن المشترى الالتزام بدفع الثمن (م ٢٩٧ / ٣٧١ و ٢٩٨ / ٣٧٢ و ١٧٩ / ٢٤٢ مدنى وبند ١٦١).

والخلاصة أن الغرر فى العقود الثنائية يتحمله المدين الذى استحال عليه وفاء تعهده .

المبحث الثانى — أسباب الفسخ التى تؤثر فى المستقبل [١]

٣٤٢ — عموميات . نعرض الآن الى أسباب الفسخ التى لا تؤثر فى الماضى ، وهى التى لا يبدو أثرها إلا منذ اللحظة التى يقع فيها الفسخ ، لأن العاقدين ، والقانون لم يعتبروا تحققها أو تخلفها ، شرطا لصحة العقد ، وكل ما فى الأمر أن العقد ينحل فقط ، وقد يكون مرد هـذا الانحلال ارادة العاقدين أو ارادة أحدهما ، أو وفاة أحدهما . ويقع الفسخ بحكم القانون بلا حاجة الى تدخل القضاء كما هو الحـــال بالنسبة لفسخ التعاقد بسبب استحالة الوفاء .

٣٤٣ — انحلال العقد بارادة العاقدين او بارادة احدهما . يستطيع العاقدان بارادتهما المشتركة أن يتحللا من التعاقد [٢] . انما يلاحظ أن أحد العاقدين قد يملك بمحض ارادته فسخ التعاقد اما لأن القانون يعطيه هذا الحق كحق الموكل فى عزل الوكيل نفسه (م٥٢٩/٦٥٠م) أواذا كان ايجار الشخص لزمن غير معين (م٤٠٢ / ٤٩٠م و ٤٠٧/٤٩٥ م) أولأن العاقدين وضعا شرطا يبيح لأحدهما فسخ التعاقد .

٣٤٤ — انحلال العقد لوفاة احد العاقدين . القاعدة أن الالتزامات تنقضى بوفاة الملتزم وذلك لأن الشريعة الاسلامية لا تجيز انتقال التزامات

---

(١) résiliation (٢) وقد يكون الفسخ ضمنياً كاخطار البائع المشترى بأنه لا يستطيع توريد الفحم بسبب اعلان الحرب وبسبب التعليمات الحكومية وقد حكم بأن عدم اجابة المشترى على هذا الاخطار تعتبر قبولا لفسخ البيع (سم ١١ ابريل سنة ١٩١٧ تق ، ج ٢٩ ، ٣٥٨)

المورث الى الورثة . وليس للدائن من سبيل إلا الاعتماد على تركة المدين ؛ ان كان له تركة ، لينفذ عليها ما له فى ذمة المورث ، أما الوارث فلا يسأل عن تعهدات مورثه . فالوارث يعتبر من الغير بالنسبة لكل ما له علاقة بتركة المورث.
وقد أشار القانون الى بعض عقود تنقضى بوفاة أحد العاقدين وهى العقود التى يلحظ فيها شخصية المدين intuitu personœ ، كالوكالة (م ٥٢٩ / ٦٥٠ م) وشركات الأشخاص (م ٤٤٥ / ٥٤٢ م) ووفاة الصانع (م ٤١١ / ٥٠٢ م) وقد استثنى القانون عقد الإيجار حيث قضى فى المادة ٣٩١ / ٤٧٨ بأنه لا ينقضى بوفاة المؤجر ولا وفاة المستأجر ما لم يكن الإيجار حاصلا للمستأجر بسبب حرفته .

٣٤٥ — **فى عدم تأثير الفسخ فى الماضى** . يقع الفسخ دون أن يؤثر فى الماضى ، وبهذه الكيفية لا يضار الغير بسبب الفسخ وتظل حقوقهم التى حصلوا عليها كاملة ، وعزل الوكيل لا يؤثر فى العقود التى أبرمها مع الغير فى حدود وكالته . ولا يترتب على حل الشركة المساس بالحقوق العينية المقررة قبل الحل ولا فى التصرفات التى أبرمت .

الفرع الثامن — فى تعديل العقود بواسطة القاضى

٣٤٦ — **سلطة القاضى فى تعديل العقود** . يرى بعض علماء القانون أن هذا سؤال لا يجوز طرحه لأن العقد شريعة العاقدين ، ويتعين على القاضى احترامه . والعاقدون أنفسهم لا يستطيعون أن يتحللوا من الالتزامات التى رتبها العقد ، إلا إذا نسخوه بعقد جديد يقتصر أثره على المستقبل ، ولا يستقل عاقد بحق الفسخ إلا بمقتضى اتفاق أو بحكم القانون ، ويدل بطلان الشرط الإرادى من جانب المدين على قوة الرابطة الالزامية المترتبة على العقد وأنها مما لا يسهل فصمها .

لكن المدين يولى وجهه شطر القاضى متأذياً من التنفيذ الكلى للعقد اذا لم يتحقق ما قدر بسبب حدوث أمور غير متوقعة الحصول تجعل تنفيذ العقد سبباً فى خرابه . فى حين أن حق الدائن تضربت قيمته وعظمت أهميته بسبب طرآن هذه الظروف غير المعلومة سلفاً . أليس فى اصرار الدائن على أقتضاء حقه كاملا تقرير لظلم فادح ؟ فالمدين لا ينكر ما التزم به ، ولا يدعى براءة ذمته لكنه يطلب من السلطة التى تقيم العدل التدخل بينه وبين الدائن لاعادة التوازن الأقتصادى الذى اخلت به الأحداث الطارئة

٣٤٧ — **نظرية تبدل الظروف** . imprévision يمكن القول بأن كل عقد يتضمن شرطاً مستتراً مقبولا من العاقدين مقتضاه أن العقد لن ينفذ على قوامه الاول الا إذا بقى كل شىء على ما هو عليه (rebus sic stantibus) فاذا تغيرت الظروف استطاع القاضى أن يعدل شروط تنفيذه . وقد أخذ القضاء الفرنسى بهذه القاعدة فى أوائل القرن التاسع عشر [١] وقال بها لارومبير [٢] ، وأخذت بها أخيراً بعض المحاكم الفرنسية [٣]. وسارت المحاكم الايطالية ، قبل الحرب وبعده ، على هذه القاعدة [٤] . كما أن المحاكم الإنجليزية اتبعتها متسمية باسم frustration of adventure [٥] . الا ان القضاء الفرنسى لم يأخذ فى جملته أخيراً بهذه القاعدة (نقض فرنسى ١٦ مايو سنة ١٩٢٢

(١) نقض فرنسى ١١ ابريل سنة ١٨٢١ س ، ١٨٢١ ، ١ ، ٢٥٤

(٢) « تنقضى الالتزامات بطرآن ظروف كانت تمنع العاقدين من التعاقد اذا كانوا توقعوا حصولها » Larombière. Obligations IV no 1234 ، وعكس ذلك اوبرى وروج ٥ بند ٣٠٨ ص ١٦٧

(٣) تولوز اول يونيه سنة ١٩١٥ د ، ١٩١٦ ، ٢ ، ١١٢

(٤) Rev. trim de dr. civil 1914 p 349 وقد أخذ رجال القضاء الفرنسى الادارى بنظرية تبدل الظروف Conseil d'Etat 30 mars 1916. D 1916 , 3 ,25

(٥) انظر الكتاب القيم لزميلنا الدكتور حامد زكى المدرس بكلية الحقوق ص ٣٥٣ وما بعدها . L'imprévision en Droit Anglais. Paris 1930. وحوليات القانون التجارى , Annales de Droit Commercial 1921 p 279 et 1922 p 41

د ، ١٩٢٢ ، ١ ، ١٣٠) اذ هاله السلطة الخطيرة التى تعطيها للقضاة [١] . ومناهضتها للطبيعة الاقتصادية للعقد وهى تقتضى استقرار العقود الذى هو أحد دعائم النظام الاجتماعى . ولكن أليس مما هو أدعى الى الهول أن يُترك المدين للدائن يستنزف مادة حياته ويلقيه رماما بزعم استقرار النظام الاجتماعى . ويقيننا أن النظام الاجتماعى لا يستقر بتمكين الدائن من التقاط اسلاب المدين الذى صرعه تبدل الظروف ، بل باقرار الأمور فى نصابها المقدر سلفا بين العاقدين .

واذا كان العقد قانون العاقدين لكن يوجد فوق هذا القانون قانون أعلى، واجب الاتباع أسماه الأستاذ هوريو « الاصول الدستورية للمعاملات القانونية » [٢] وهى تقضى بتغليب العدالة على العقد . ويبدو ذلك فى الاجل القضائى الذى تمنحه المحكمة للمدين السيء الحظ وفيما قررته المادة ٥١٤/٦٢٨ مدنى من أن الاتفاق على مقابل معين للوكيل لا يمنع من النظر فيه بمعرفة القاضى وتقدير المقابل بحسب ما يستصوبه . وقياساً على هذه القاعدة يجوز للمحكمة تعديل أجور الاطباء والمهندسين المعماريين . وفى كل هذه الحالات وما يماثلها لا يكون العقد قانون العاقدين ، لأن شروطه تنافرت مع الرفق الذى يجب أن يسود العقود فاستحالت الى شروط تعسفية . وكل هذه الاعتبارات هى التى أملت على الحكومات قاطبة ، أثناء الحرب وفيما بعدها ، الى وقتنا هذا ، اتباع التأجيل الجبرى فيما يختص بالديون التجارية ، وتخفيض الايجارات الزراعية بسبب تبدل الظروف وأجور المساكن [٣] وتعديل شروط القروض العقارية فيما يختص بمواعيد السداد وسعر الفائدة .

وتقضى نظرية تبدل الظروف بمنح القاضى حق مراعاة الحوادث غير

---

(١) Ripert : La régle morele dansles obligations p 150

(٢) «prineipes constitutionnels du cernmerce juidqie» راجع مجلة القانون المدنى Rev Trim . de dr. Civil سنة ١٩٢٦ ص ٣٠٩

(٣) قانون نمرة ٤ لسنة ١٩٢١

المتوقعة عند تطبيق العقد وتنفيذه . فهذه الظروف هى فى الواقع « ظروف لا تعاقدية circonstances etracontractuelles » ظهرت بعد ابرام العقد فافسدت قوامه ، ومسخت روحه ، واخلت بما فيه من اتساق وتوازن كشرط الدفع بالذهب ، اذا تعذر على المدين الدفع به لسبب خارج عن ارادته ، وتحميله اكلافاً جسيمة ، اذا قسر على الوفاء به

ويرى الأستاذ جوسران أن هذه الحلول ترجع الى فكرة التوازن التعاقدى أو بالأحرى الى فكرة التعسف فى أستعمال الحق ، اذ يجب فى العقود وفى العلاقات الناشئة بين الناس أن لا يغالى فى الحق بحيث يتجاوز الحدود التى ترسمها حسن النية والخُلق القانونى المألوف (١) .

القضاء الاهلى : أخذ القضاء الأهلى فى بعض أحكامه بنظرية تبدل الظروف من ذلك حكم محكمة الأستئناف الأهلية الصادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩٣١ (المحاماة سنة ١٢، ١، ٦٣) ولكن محكمة النقض المصرية نقضت هذا الحكم (نقض ١٤ يناير سنة ١٩٣٢) (٢)

الفرع التاسع — فى تفسير العقود

المبحث الاول — عموميات

٣٤٨ — النصوص القانونية. وضع القانون الفرنسى تسع قواعد لتفسير العقود (م ١١٥٦ الى ١٦٦٤ مدنى فرنسى) واكتفى القانون المصرى بذكر ثلاث قواعد (م ١٣٨ — ١٤٠ / ١٩٩ — ٢١٠م) .

٣٤٩ — فى اهمية تفسير العقود . كانت العقود قديما تحرر على مقتضى أوضاع متعارفة استظهرها الموثقون . وكانت وظيفة القاضى فى التفسير طفيفة

---

(١) morale juridique Coutumière جوسران ج ٢ بند ٤٠٥

(٢) مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة العدد الاول ص ١٢١ و ١٢٢

بسبب التزام العاقدين باستعمال صيغ معينة تحدد سلفا الآثار المترتبة عليها وكان يترتب على اغفال العاقدين لها تجريد ارادتهم من كل أثر . ولما زالت أهمية الاوضاع المرسومة formalisme وحررت إرادات الناس من هذه القيود عظمت اهمية التفسير ، وتصعبت بسبب حرية الافراد في اختيار الصيغ التي تلائمهم وتفي بحاجاتهم . واصبح من المتعين البحث في قصد المتعاقدين مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجاري فيها .

٣٥٠ — في طرق التفسير. يسود التفسير مذهبان . الاول مذهب الارادة الباطنة (١) وهو المذهب الفرنسي والثاني مذهب الارادة الظاهرة وهو المذهب الالماني (٢)

(١) **مذهب الارادة الباطنة**. ومقتضاه أن الارادة المتجلية في العقد لا يعنى بها إلا بقدر قدرتها على تفسير الارادة الباطنة . والارادة الحقيقية هي التي يكون لهـا الغلبة على الصورة التي صبت فيها هذه الارادة . وتكمل الارادة الحقيقية بالارادة الضمنية المترتبة على القوانين التكميلية التي يحدد القانون بمقتضاها الحلول التي يجب أن يعتبرها القاضي مفهومة ضمنا من العقد عند انعدام شروط خاصة موضوعة ومقبولة من العاقدين . واذا تعذر معرفة الارادة الحقيقية ، وأغفل القانون الارادة الضمنية فيستقصى قصد العاقدين من الظروف والالتزامات التي تحملوها أي تنسب اليهم إرادة مفترضة. والبحث عن الارادة الحقيقية أو المفترضة من المسائل الموضوعية التي ليس لمحكمة النقض سلطان عليها . الا اذا غير قاضي الموضوع أو شوه هذه الارادة بزعم تفسير ارادة العاقدين كما لو كانت ارادة العاقدين واضحة جلية ونسب اليهم إرادة أخرى .

(٢) **مذهب الارادة الظاهرة**. ومقتضاها أن الافصاح عن الارادة له قيمة في ذاته ، ويجب أن يؤخذ ويسلم بهذه الارادة الظاهرة كما تبدو للعيان

---

(١) système de la volonté interne

(٢) système de la volonté declarée

بقطع النظر عن الفكرة التى انبعثت منها هذه الارادة. لكن تفسير الارادة يكون على ضوء العادات المسلم بها فى شئون الناس المعاشية [١] فتلحظ العادات العقلية ، والبيئة التى ظهرت فيها الأرادة. ولا يلتفت الى نية العاقدين الا بالقدر الذى بدت فيه فى صيغة العقد. وفيما عدا هذا تكون العبرة بالارادة الأجتماعية التى يستخلصها القاضى من ملابسات العقد. والتفسير الذى يعطيه القاضى للعقد هو التفسير الذى يتبادر الى ذهن رجل أمين متوسط فى شئونه.

٣٥١ — القانون المصرى والجمع بين المذهبين. نصت المادة ١٣٨/١٩٩ مدنى بأنه « يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للالفاظ المستعملة ، مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف التجارى » [٢] وعلى هذا يكون القانون المصرى احترم قصد العاقدين واعتبر فى الوقت نفسه العقد ظاهرة اجتماعية يجب أن يراعى فى تفسيره ما تقتضيه طبيعة التعاقد والعرف الجارى.

المبحث الثانى — فى بعض قواعد التفسير

٣٥٢ — فى القصد. تقضى المادة ١٣٨ / ١٩٩ م بوجوب تفسير العقود حسب قصد العاقدين « مهما كان المعنى اللغوى للالفاظ المستعملة فيها [٣] ». ويقول فقهاء الشريعة الاسلامية « العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى »

ولا بد من التحرز فى فهم هذه القاعدة. فيجب أن يفترض أن العاقدين قصدوا ما قالوه وإنهم يفهمون المصطلحات التى استعملوها. فاذا

---

(١) Rücksicht auf die Verkehersitte

(٢) لم يأخذ القانون المصرى بما ذهب اليه القانون الفرنسى مادة ١١٥٩ من أن العرف لا يتبع الا فى حالة غموض العقد.

(٣) يقابل هذه القاعدة المثل اللاتينى « من يعنى باللفظ فقط لا يصل الى ما وراء الغطاء Qui haret in literâ, hœret in cortice (he who sticks to the letter, goes only skin deep)

استعملوا مصطلحات فنية . فيجب أن تعطى معانيها الفنية ، إلا اذا قام وجه صحيح للدلالة على العكس ،

ويجب على القـــاضى أن يدرس كل المستند لنظر فيما إذا كان ما هو مشكوك فى معناه فى موضع ، جلى المعنى فى موضع آخر . لأن العاقدين اذا كانوا فسروا بأنفسهم ، ما إستغلق فهمه ، فُضـل تفسيرهم . وإذا لم يستطع القاضى استجلاء الحقيقة بهذه الكيفية وجب عليـه أن يبحث فيما اذا كان العاقدان استعملا العبارة أو اللفظ بمعنى خاص . لأنه إذا كان المتبادر الى الذهن أن العاقدين يقصدان أن تؤدى الألفاظ معناها المألوف ، المفهوم منها عادة ، الا انه من المحتمل أن يكونا استعملا كلمة خاصـة باقليم معين ، أو حرفة معينة . فاذا وضح هذا ، تعين على القاضى أن ينفذ ما قصده العاقدان وليس على القاضى أن يعول على المعنى الأدبى المذكور فى المعاجم بل يعول على علاقات العاقدين وطبيعة أعمالها ، والظروف المحيطة بالعقد ، معتمداً فى تفهم كل ذلك على البيئة . وليس الغرض من البيئة اثبات مايخالف العقد بل كشف القصد الحقيقى للعاقدين

٣٥٣ — **فى تسمية العقد.** وتطبيقاً لقاعدة عدم التقييد بالمعنى الحرفى للالفاظ ، صار من القواعد الثابتة أن لا يتقيد القاضى بالتسمية التى يطلقها العاقدان على العقد ، جهلا أو اخفاء لحقيقته لمأرب خاص . وواجب القاضى هو فى أن يبحث عما قصده العاقدون حقيقة ولا يتقيد بما صدر عنهم من القول [١] وقد يكون للتسمية أهمية لتحديد حقوق العاقدين . فاذا وُصف أحد العاقدين بأنه مؤجر كان له امتياز المؤجر ، وقد يكون العقد بيعاً فلا يكون له هذا الامتياز ، وقد يتسمى شخص بأنه شريك فى حين أنه مقرض .

---

(١) نقض فرنسى ٢٢ فبراير سنة ١٨٨٧ ، د ، ١ ، ٥٠٠ وسم ٨ مايو سنة ١٩٠١ تق ١٣ ، ٣٠٦ وسم ٢ يناير سنة ١٩١٩ تق ٣١ , ٩٣

وليس لهذه التسمية أثر فى حقيقة العقد [١]

٣٥٤ – **فى تفسير العقد بكيفية التنفيذ** . تعتبر الكيفية التى حصل بمقتضاها تنفيذ العقد خير تفسير له فى حالة غموضه . فاذا اجاز عاقد لآخر اجراء فعل فلا يقبل اعتراضه بعد ذلك . ولا شك فى أن خير وسيلة لتعرف قصد العاقدين الاعتماد على الافعال التى صدرت منهم [٢] لانها تنم عن قصدهم الحقيقى . على أنه يجب الاحتراز من أن يكون العاقدان أو احدهما أخطأ فى فهم ماحصل الاتفاق عليه . فتصدر منهما أفعال ، بناء على هذا الخطأ ، تتنافر مع ماقصداه وقت التعاقد .

٣٥٥ — **اعمال الكلام أولى من اهماله** [٣] . ومعنى هذا أن لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى . اذ يفترض أن العاقدين لم يقصدوا ذكر كلمة أو نص عبثا ، فاذا احتمل النص معنيين حمل على ماله أثر (سم ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ تق ١١ ، ٦٠ وسم ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ تق ١٢ ، ٢٦٢) أو على مايتفق مع موضوع العقد [٤] . واذا كان أحد المعنيين مصحح للعقد والثانى مبطل له ، وجب الاخذ بالمعنى الاول . واذا تعذر أعمال الكلام على معنى حقيقى أو مجازى يهمل كما لو أوقف على أولاده وليس له أولاد

٣٥٦ **تفسير الشك على ضوء العرف** . اذا تشكك القاضى فى معنى العقد فسره وفقا للعادة المتبعة فى الاقليم الذى حرر فيه العقد [٥] . فاذا

---

(١) سم ٨ مايو سنة ١٩٠١ تق ج ١٣ ، ٣٠٦

(٢) سم ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ تق ح ١١ ، ٢٤٤ وسم ٧ يناير سنة ١٨٩٢ تق ج ٤ ، ٩٩

(٣) قاعدة فقهيه قررها علماء أصول الشريعة الاسلامية . وقد وردت فى المادة ١١٥٧ من القانون المدنى الفرنسى .

(٤) المادة ١١٥٨ من القانون المدنى الفرنسى

(٥) المادة ١١٥٩ من القانون المدنى الفرنسى

حرر عقد فى القاهرة وذكر الجنيه بدون تعيين نوعه ، انصرف المقصود الى الجنيه المصرى . ولـكن قد يستفاد من ظروف الحال أن المقصود هو المعنى المفهوم فى محل تنفيذ العقد.

٣٥٧ — *فى اله العرف جزء متمم للعقد* . يعتبر مايقضى به العرف جزءاً متمماً للعقد ولو لم يذكر فيه [1] . ويقول علماء الاصول « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » . ولا تقتصر وظيفة العرف على تفسير العبارات الغامضة بل انه يعين القواعد القانونية التى تسرى على العاقدين ، بشرط أن لا يكون العاقدان اتفقا صراحة على مايخالف العرف . من ذلك أن المستأجر يجوز له أن يستعمل الشىء الذى استأجره فيما اعد له (م ٣٧٦ / ٤٦١ م) انما لا يجوز له أن يجعل من المنزل الذى استأجره للسكنى فندقا أو متجراً . أو يحدث فيه تغييراً لم يقع فى خاطر المؤجر . واذا استمر المستأجر بعد انتهاء مدة الايجار منتفعا بالشىء المؤجر برضاء المالك تجدد الايجار بالشروط السابقة عن المدة التى يحددها العرف (٢٨٦ / ٤٧١م) .

٣٥٨ — *فى تفسير الشك لمصلحة المدين* : تقضى الماده ١٤٠ / ٢٠١ م بأنه فى حالة الاشتباه يكون التفسير بمافيه الفائدة للمتعهد »ومعنى ذلك أن الأصل هو خلو الانسان من كل التزام « الأصل براءة الذمة » ولا يعتبر الانسان ملتزما الا إذا قبل تحمل الالتزام . وعلى من يدعى التزام الغـير أن يقيم الدليل على دعواه . وتقول المـــادة ٢١٤ / ٢٧٨ و ٢٧٩ م « على الدائن اثبات دينه ، وعلى المدين اثبات براءته من الدين » . فاذا قام شك فى التزام المدين بالأقل أو بالأكثر ، فعلى الدائن أن يقيم الدليل على التزام المدين بالأكثر [2]

---

(١) المادة ١١٦٠ من القانون المدنى الفرنسى

(٢) سم ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ تق ١٢ ، ٢٦٢ وسم٦ يونيه سنة ١٩٠١ تق ١٣ ؛ ٢٦٢ وسم ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ تق ١٥ ، ١١

ونص القانون المدنى الفرنسى فى المـادة ١٦٠٢ على أن النصوص الغامضة تفسر ضـد مصلحة البائع بزعم أن البائع هو الذى يحدد الثمن ويضع شروط البيع وقد أغفل القـانون المصرى هذه القاعدة

الفصل الثانى

فى التعهدات المترتبة على الافعال أو أشباه العقود

٣٥٩ — تقسيم . قد يكون مصـــدر التعهد شيئاً آخر خلاف العقد كالفعل . والفعل قد يتولد عنه منفعة أو ضرر للغير . وسنقصر القول فى هذا الفصل على الأفعال التى يترتب عليها منفعة وهى أعمال الفضولى أو الفضالة واسترداد المدفوع بلا وجه حق والاثراء على حساب الغير . وسنخصص الفصل التالى للكلام على الأفعال التى يترتب عليها ضرر .

٣٦٠ — شبه العقد . يعبر الشراح الفرنسيون عن الأفعـال التى يترتب عليها منفعة للغير بأن مصدرها شبه عقد quasi contrat وقد تحاشى القانون المصرى استعمال هذه الكلمة ، فقد أشـار فى المادة ٩٣/١٤٦ الى مصادر التعهدات فقال « التعهدات اما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص فى القانون » و ينتقد الشراح اطلاق كلمة « شبه عقد » على استرداد المدفوع بلا وجه حق والاثراء على حسـاب الغير ، ولا يسلمون باطلاق هذه الكلمة إلا على أعمـال الفضولى [1] لأن الفضولى اذا عمل بناء على عقد فعمله يكون عمل وكيل و يفقد صفة الفضالة [2]

---

(١) ومع هذا يرى الأستاذ جوسران (ج ٢ بند ١٤٤٨ أن الفضالة تصرف مفرد acte unilateral de volonté أى تصرف قانونى مفرد من حيث التكوين وثنائى من حيث الآثار

(٢) تستعمل المحاكم المختلطة كلمة شبه عقد quasi contrat (سم أول ديسمبر سنة ١٩٠٢ ٠ تق ج ١٥ ، ٦٤) وقد حذفت القوانين الحديثة هذه الكلمة « القانون الالمانى والسويسرى »

٣٦١ – الاثبات. لم يضع القانون المصرى قواعد خاصة باثبات شبه العقد لذلك تسرى عليه قواعد الاثبات العامة (م ٢١٥ / ٢٨٠ مدنى) ولما كانت التعهدات المترتبة على شبه العقد هى نتيجة فعل ، فمن الطبيعى امكان اثباتها بالبينة . فالفضولى لا يستطيع دائماً أن يقدم دليلا بالكتابة عما فعله لمصلحة الغير ، فاذا أدى خدمات شخصية الى الغير استطاع اثباتها بالبينة (سم ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ تق ج ١١ ، ١٣٣) ولكن اذا تعاقد الفضولى مع الغير ودفع نقوداً فلا يجوز له اثبات ما أجراه من هذا القبيل بالبينة إلا اذا منعه مانع « عن الاستحصال على كتابة مثبتة للدين » (م ٢١٥ / ٢٨٠ مدنى) .

الفرع الاول — أعمال الفضولى أو الفضالة [١]

٣٦٢ — الفضالة. الفضالة هى قيام شخص باختياره بعمل لمصلحة الغير دون أن يندب من هذا الغير للقيام بهذا العمل ، كمن يقوم بترميم جدار جاره الغائب اذا كان آيلا للسقوط ، ويسمى القائم بهذا العمل « الفضولى » gérant d'affaires ومن يحصل العمل لمصلحته رب المال maître أو géré . ولا يشترط أن يكون ما قام به الفضولى عملا مادياً كترميم عقار أو تأجيره لمصلحة رب العمل أو وفاء دين فى ذمة الغير ، بل قد يكون مجرد خدمة كايقاف حصان جامح فى الطريق اتقاء للاخطار التى يحدثها بالجمهور [٢]

وقد أشارت المادة ١٤٤ / ٢٠٥ م الى أعمال الفضولى فقالت « من فعل بالقصد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر فيستحق على ذلك الشىء

---

(١) M. Maruitte. La notion juridique de la gestion d'affaire 1931

(٢) يجوز للفضولى فى هذه الحالة أن يطالب مالك الحصان بتعويض « محكمة السين التجارية ٣ يناير سنة ١٩٠٠ س ٢ و ١٩٠٢ و ٢ و٢١٧ » وكابتان « ج ٢ ص ٧٢٠ »

مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها بشرط أن لا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل الى ذلك الشخص من المنفعة » .

٣٦٣ — **فى مقارنة الفضولى بالوكيل.** تتشابه الفضالة بالوكالة فى أنها تقتضى القيام بعمل لمصلحة الغير ، لكنها تختلف عن الوكالة فى أن الفضولى يقوم بهذا العمل من تلقاء نفسه دون أن يؤمر من الغير ، فاذا علم رب العمل بما يقوم به الفضولى وصادق عليه فَقَدَ صفته كفضولى وصار وكيلا (بودرى تعهدات ج ٤ بند ٢٧٩٥) وإذا تجاوز الوكيل حدود وكالته ، أو استمر فى الوكالة بعد انتهاء مدتها المحددة فيعتبر فضولياً (سم ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٠ تق . ج ١٣ ، ١٣ وبودرى وبارد تعهدات ج ٤ بند ٢٧٩٧) .

ولما كان الفضولى لم يختره رب المال ليقوم بهذا العمل ، وقد يكون للفضولى مصلحة فى التدخل ، من أجل ذلك عامله القانون بشىء من الشدة فقضى بأنه (١) يجوز للوكيل أن يعتزل الوكالة ، أما الفضولى فيجب أن ما بدأ فيه أ ويتم يستمر فى العمل حتى يتمكن رب المال من أن يتممه بنفسه (٢) الوكيل بلا أجر لا يسأل عن الخطأ الطفيف (م ٥٢١ / ٦٣٨) أما الفضولى فيطلب منه أن يرعى مصلحة رب المال كما يرعى رب الأسرة مصالحه un bon pére de famille (٣) سلطة الوكيل محدودة فى عقد الوكالة . أما الفضولى فهو يلتزم بالقيام بكل الأعمال المتفرعة عن العمل الأصلى (٤) يستولى الوكيل على أجر ، أما الفضولى فلا يستولى على أجر ، بل على المصاريف التى بذلها (٥) يلتزم الموكل بالتعهدات التى تترتب على تعاقد الوكيل مع الغير ، أما الفضولى فلا يستطيع أن يحمل رب المال تعهدات الا اذا قام بالعمل على أحسن وجه (٦) يستطيع الوكيل أن يسترد ما صرفه بغض النظر عن نجاحه أو فشله فيما قام به ، أما الفضولى فلا

يسترد ما صرفه الا بقدر ما عاد على رب المال من المنفعة.

٣٦٤ — **فى شروط الفضالة**. يشترط فى الفضالة توافر الشروط الآتية: —

(١) يشترط فى الفضالة أن تتم بدون علم رب المال لأنه لو علم بذلك استحال الفضولى الى وكيل (سم ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ تق ج ١٧، ١١٨). انما اذا كان رب المال قاصرا، فعلمه بعمل الفضولى لا يغير من صفته لأن القاصر لا يستطيع أن يوكل توكيلا صحيحاً:

(٢) يجب أن تتوافر صفة الاستعجال فى عمل الفضولى، وأن يكون ما قام به الفضولى كان يقوم به رب المـــال لو لم يكن غائباً وأن يكون تصرفه كتصرف رب العائلة الذى يرى مصلحة نفسه bonus pater familias فاذا قام الفضولى بترميم منزل لا يستحق الترميم، أو كان مالكه ينوى هدمه فيعتبر ما صرفه الفضولى أنه بذل فى غير منفعة رب المال.

(٣) يجب أن تكون النقود التى صرفها الفضولى نافعة ولازمة وتقول المادة ١٤٤/٢٠٥ «بشرط أن لا يتجاوز تلك المصاريف والخسارات ما آل الى ذلك الشخص من المنفعة».

٣٦٥ — **فى رجوع الفضولى على رب المال**. يلتزم رب المال الذى استفاد من أعمـال الفضولى أن يعوضه عن جميع المصاريف التى صرفهـا والخسارات التى خسرها [1] بشرط أن لاتزيد تلك المصاريف والخسارات على ما آل الى ذلك الشخص من المنفعـة، ولـكن هل يجوز للفضولى أن

---

(١) لا يستولى الفضولى على فائدة عن النقود التى دفعها «بلانيول ج ٣ بند ٢٢٨٣» لـكن القضاء الفرنسى يرى قياسا على الوكيل «م ٥٢٦ / ٦٤٧ م» أن الفضولى يستولى على فائدة النقود من يوم دفعهـا «نقض فرنسى ٢٠ مارس سنة ١٩٠٠ د، ١٩٠١، ١، ٤٧٧»

يطالب رب المال بأجرة عن الوقت الذى أنفقه فى سبيل قيامه بعمله ؟ يرى بودرى (تعهدات ج ٤ بند ٢٨٢١) أن ذلك يدخل فى باب المصاريف بشرط أن يكون ما يدفع اليه يمثل الوقت الذى أضاعه . ولكن اذا جرح الفضولى فى أثناء قيامه بعمله فهل يلتزم رب المال بالتعويض ؟ يرى بعض الشراح أن هذا يدخل فى باب المصاريف وقد أخذت المحاكم الفرنسية بهذا الرأى (فال Contrats aléatoires بند ٧٢٠ ، ومحكمة السين التجارية ٣ يناير سنة ١٩٠٠ س ، ١٩٠٢ ، ٢ ، ٢١٧) وعبارة المادة المصرية (١١٤/٢٠٥م) تساعد على هذا الرأى حيث قالت « خسارات » . وحدث أن سائق قطار فى السكة الحديد بذل جهداً غير عادى فى اتقاء حادث فأصابه على أثر ذلك اضطراب عصبى جعله غير صالح للخدمة ، وقد حكم بأنه علاوة على ما يستحقه العامل من المكافأه طبقاً لقانون المعاشات فان له الحق باعتباره فضولياً فى تعويض نظير الخسارة التى درأها عن مصلحة السكة الحديد باتقائه حادثاً جسيما للقطار (استئناف أهلى ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ مجموعة رسمية ٢٠ ، ١٠٠) .

وللفضولى حق حبس الأشياء لحين استيلائه على ما صرف .

الفرع الثانى — فى دفع مالا يجب

Le paiement de l'indu

٣٦٦ — فى استرداد المدفوع بلا وجه حق . يفترض الوفاء وجود دين . فإذا اعتقد شخص أنه مدين لآخر ودفع اليه ديناً لا وجود له ، واذا ادعى شخص أنه دائن واستطاع أن يحصل على الوفاء ، فى حين أن الدين لا وجود له جاز لمن أوفى أن يسترد ما دفعه بلا وجه حق . وفى هذا تقول الماده ١٤٥/٢٠٥ م « من أخذ شيئا بغير استحقاق وجب عليه رده » .

٣٦٧ — في أساس الاسترداد. أساس الاســترداد أنه لا يجوز للانسان أن يثرى على حساب الغير بلا سبب، فاذا استولى شخص على شيء بلا وجه حق فهو ثرى بقدر ما تنقص ثروة الموفى. فهناك علاقة بين اثراء الأول وافقار الثانى، أى أن الفعل الواحـد وهو الدفع يحدث أثرين فى وقت واحد. ومن العدل أن من يقبض المدفوع يلتزم على الأقل برد ما استولى عليه.

٣٦٨ — فى شروط الاسترداد: يشترط لامكان الاسترداد توافر الشروط الآتية:

(١) **الوفاء:** يجب أن يكون الموفى قام بالوفاء. ويشمل الوفاء دفع نقود أو اعطاء شيء أو القيام بعمل. وإثبات الوفاء يحصل بالطرق العامة للاثبات (م ٢١٥ — ٢٢٢ م/ ٣٨٠ — ٣٨٧ م)

(٢) **انعدام الدين:** يعتــبر الشخص أنه أوفى مالا يجب اذا كان لم يتحمل أى تعهد كما لو كان التعهد غير موجود أو منقضياً. ويعتبر التعهد غير موجود اذا اعتقد شخص أنه مدين وأوفى الى دائن وهمى، أو اذا دفع المدين إلى غير الدائن، أو اذا تلقى الدائن الوفاء من غير المدين. ويعتبر التعهد منقضياً اذ برئت منه ذمة المدين لأى سبب من أسـباب براءة الذمة، أو اذا أوفى المدين الدين الى دائنه الذى حول الدين الى آخر، أو إذا فسخ التعاقد أو قضى ببطلانه. انما إذا كان سبب بطلان التعهد مخالفته للآداب فلا يستطيع الموفى المطالبة بالاســترداد عملا بقاعدة « لا يجوز للانسان أن يرتب حقاً على عمله الشائن ». ولا يجوز الاسـترداد فى حالة وفاء دين طبيعى وإلى هذا أشارت المادة ١٤٧/ ٢٠٧ « إنما من أعطى باختباره شيئاً لآخر وفاء لدين يعتقد ملزوميته به ولو لم يوجبه القانون لايجوز له استرداده» كذلك « لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع انسان دين شخص آخر غلطاً لدائن.

ذلك الشخص وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع وانعدم سند الدين.
(م ١٤٨ /٢٠٨) والفرض هنا أن الدائن الذى استوفى دينه مزق سند الدين أو حرقه معتقداً صحة الوفاء الحاصل اليه ، فمطالبته بالرد يترتب عليها عدم امكانه مطالبة المدين . ويدخل فى حكم هذه الحالة سكوت الدائن عن المطالبة حتى سقط حقه بمضى المدة وتنازل الدائن عن الضمانات التى له قبل المدين الأصلى (بودرى وبارد ج ٤ بند ٢٨٣٦ ونقض فرنسى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٢ د ، ١٩١٣ ، ١ ، ٩٦) .

(٣) **وجود غلط** : لا يشترط غلط الموفى اليه لاسترداد ما دفع لكن الغلط يؤثر فى مقدار ما يسترد كما سنبين ذلك فى البند التالى . ولكن يشترط غلط الموفى لامكان الاسترداد ، فاذا أوفى شخص باختياره دينا وهو عالم بأنه غير ملزم بشىء لا يستطيع الاسترداد لأن القانون يجيز لكل شخص أن يوفى دين الغير بصفته فضولياً أو متبرعاً . يترتب على هذا أنه اذا تعذر على الموفى استرداد ما دفعه من المدين بصفته فضولياً ، فلا يستطيع أن يسترد شيئاً من الموفى اليه (سم ٢٠ ابريل سنة ١٩١١ تق ج ٢٣ ، ٢٧٤) ويلتزم الموفى أن يثبت انه ارتكب غلطا لامكان الاسترداد كالغلط فى وجود الدين ، أو فى الصفات القانونية للدائن أو المدين أو فى الأسباب القانونية التى تبيح له عدم الدفع .

على أنه لا يشترط اثبات الغلط لامكان الاسترداد إذا حصل الوفاء عن دين منسوخ résolue أو عن سبب مستقبل لم يتحقق بعد .

٣٦٩ — *فى مقدار ما يسترد* . يتعين مقدار ما يرده الموفى اليه غلطاً تبعاً لحسن أو سوء نيته ، فاذا كان سيىء النية — أى اذا استلم وهو عالم أنه لا يستحق شيئاً قبل الموفى التزم برد المبلغ الذى قبضه أو الشيء الذى استلمه مضافاً اليه الفوائد والثمار من يوم القبض . وفى هذا تقول المادة ١٤٦ /٢٠٧ مدنى « فاذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه له كان مسئولا عن

فقده وملزماً بفوائده وريعه ، وتستحق الفوائد بلاحاجة الى ثبوت تقصيره بانذار أو نحوه (سم ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ تق ٩ ، ١٨ وسم ٨ فبراير سنة ١٨٩٨ تق ١٠ ، ١٢٧) . واذا كان حسن النية فلا يلزم إلا برد ما استولى عليه ولا يلزم بدفع فوائد النقود التى استولى عليها [١] .

انما اذا لم يعد الموفى اليه فى وقت الاسترداد حائزاً للشىء الذى استولى عليه فلا يسأل إلا عن خطئه اذا كان حسن النية . أما اذا كان سىء النية فيكون مسئولا فى جميع الأحوال عن فقده ويلزم بالرد حتى لو هلك ما استولى عليه بقوة قاهرة (م ١٤٦ / ٢٠٧ مدنى) .

واذا تصرف بالبيع فى الشىء الذى استولى عليه بحسن نية التزم برد الثمن . ولا يلزم برد شىء اذا تصرف فيه بعقد من عقود التبرعات ، واذا كان سىء النية فيسأل فى جميع الاحوال عن القيمة الحقيقية للشىء الذى لا يستطيع رده .

وانما اذا كان الموفى اليه عديم الأهلية بأن كان قاصراً فلا يلزم حتى لو كان سىء النية إلا برد مقدار ما عاد عليه من المنفعة (١٣١ / ١٩١ م)

ويجوز للموفى اليه غلطاً مطالبة الموفى بمراعاة المصاريف التى تحملها لحفظ الشىء فى الفترة بين الوفاء والاسترداد لا فرق فى ذلك بين الموفى اليه الحسن أم السىء النية ، لأن هذه المصاريف حاصلة لامحالة لو كان الشىء بقى لدى الموفى

الفرع الثالث — فى الاثراء بلا سبب [٢]

L’enrichissement sans cause

٢٧٠ — فى أحوال الاثراء بلا سبب : اعترف القانون فى أحوال كثيرة بحق مطالبة من أثرى على حساب الغير بلاسبب ، تطبيقاً لهذه القاعدة

---

(١) سم ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ تق ج ١٢ ، ٢٧

(٢) Rev Trim سنة ١٩٢٢ ص ٣٥ وسنة ١٩٠٤ ص ٧٢٧ و Ripert. la régle morale بند ١٣٣ وما بعده وجوسران ج ٢ بند ٥٦ وما بعده

العامة التى مقتضاها « لا يجوز الاثراء بلا وجه حق على حســـاب الغير nul ne doit s'enrichir aux depens d'autrui وهى قاعـدة تقضى بهـا العدالة ، وتلتزم المحاكم بمراعاتها ولو أنها لم ترد فى القانون ، بل يلتزم المشرع باحترامها ، فهى من تلك الأصول الأولية للعدل اللازمـة لتحقيق التوازن بين ثروات الناس وهى لا تقل شأنا عن قاعدة « لا يستطيع انسـان أن يلحق ضرراً بغـيره دون أن يلتزم بتعويض ذلك الضرر »[١] ولم ينص القانون صراحة[٢] على هذه القـاعدة ولـكنه طبقها فى بعض الأحوال وهاك بيانها :

(١) إذا حصل الغراس والبناء من شخص بمهمات وأدوات نفسه فى ملك غيره واختار صاحب الأرض إبقاء تلك الأشياء فيكون مخيراً بين دفع قيمة الغراس أو البناء مستحق القلع وبين دفع مبلغ مساو لمـا زاد على قيمة الأرض بسبب ما حدث بها (م ٦٤ و ٦٥ / ٨٩ و ٩١ مدنى)

(٢) من استحصل على بطلان مشارطة لعدم أهليته لا يكون ملزما الا برد قيمة المنفعة التى استحصل عليها بتنفيـــذ المشارطة من المتعاقد معه ذى الأهلية (م ١٣١ ، ١٩١ مدنى)

(٣) إذا تعاقد أحد الشركاء مع الغـير باسم الشركاء أو باسم الشركة وكان مأذوناً بذلك جاز لهذا الغير فى كل الأحوال حق مطالبة كل من الشركاء بقدر حصته فى الربح الحاصل من العمل (٤٤٤ / ٥٤١ مدنى) .

(٤) يجب على المودع أن يؤدى للوديع المصاريف المنصرفة منه لحفظ الوديعة ويعطيه بدل الخسائر التى نشأت له عنها (٤٨٨ / ٥٩٦ مدنى) .

---

(١) Nul ne peut causer injustmet un dommage à autrui sans être tenu de le réparer.

(٢) نص القانون الألمانى على هـذه القاعدة فى المـادة ٨١٢ مدنى ، وقانون التعهدات السويسرى فى المادة ٦٢ ومشروع القانون الفرنسى الايطالى فى المادة ٧٣

(٥) يشتمل قانون التجارة البحرى على تطبيقات هامة لهذه القاعدة فى الخسارات البحرية . فقد أشارت المادة ٢٣٧ إلى العوار المشترك avarie commune وهو الضرر المادى الذى يلحق السفينة أو المشحونات بفعل القبطان أو المصاريف التى يصرفها لمصلحة السفينة أو المشحونات المشتركة بشرط أن يكون ما لحق السفينة من ضرر أو ما صرفه عاد بفائدة مشتركة . فاذا القيت فى البحر بعض المشحونات تخفيفا للسفينة وأمكن بهذه الطريقة انقاذ السفينة من الغرق فليس من العدل أن يتحمل مالك البضاعة الملقاة فى البحر كل الضرر . واذا كان من المتعين أن يتحمل نصيبه من الخسائر فيجب أن لا يتحمل أكثر من نصيبه وأن يتحمل مالك السفينة وملاك المشحونات حصتهم فى الخسائر واذا حجزت السفينة بفعل العدو تحمل القبطان مصاريف ردها ورد مافيها من البضائع فيجب أن يتحمل كل شخص استفاد من هذا الرد حصته فى تلك المصاريف .

وقد طبقت المحاكم قاعدة الاثراء بلا وجه حق بالنسبة لشركات المحاصة ، وهى الشركات المستترة التى ليس لها شخصية ، فقضت بأنه إذا تعاقد الغير مع أحد الشركاء فيها ، جاز للغير أن يطالب بقية الشركاء بمقدار ما عاد عليهم من المنفعة بدعوى الاثراء بلا سبب de in rem verso (سم ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ تق ج ، ١١ ، ١٥٧) واذا نزع العقار بمعرفة مالكه من تحت يد المشترى جاز لهذا الأخير أن يطالب المالك برد المصاريف الضرورية والمفيدة التى صرفها بقدر ما عاد على المالك من الفائدة منها (سم ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ ، تق ج ١١ ، ١٦٢)

٣٧١ — فى شروط دعوى الاثراء بلا وجه حق . يشترط لاقامة هذه الدعوى توافر الشروط الآتية [١]

(١) الاثراء enrichissement يجب أن يثبت أن ثروة المدين زادت

---

(١) نقض فرنسى ١٥ يونيه سنة ١٨٩٢ س ١٨٩٣ ، ١ ، ٢٨١ وتعليق Labbé

قيمتها ، فلا يكفي أن يكون المدين قبض النقود ، فقد لا يترتب على قبضها اثراؤه اذا كان معتوها والقاها في النيل . ويشترط جمهور الشراح أن يكون فائض القيمة مقوماً [1] بالنقود ومحققاً وموجوداً كانشاء مبان أو ترميمات لكن يرى القضاء الفرنسي انه يكفي لرفع هـذه الدعوى أن يكون الدائن زاد في ثروة المدين العقليـة والخلقية ، فالمدرس الذى لا يحصل على أجرته من والدى التلميذ يستطيع أن يطالب التلميذ (مونبلييه ٢ فبراير سنة ١٨٥٩ د ١٨٥٩ ، ٢ ، ٢١٣) .

(٢) انتقاص ثروة الدائن appauvrissement يجب أن يكون الاثراء نتيجة مباشرة لافقار الدائن ، فاذا قام شخص بعمل لمصلحة نفســـه وافاد عرضاً شخصاً آخر فلا محل للمطالبة . كما لو أجرى تحسينات في منزله استفاد منها الجيران أو اذا طهر مجرى ماء لمصلحته الشخصية واستفاد بقية الملاك .

(٣) أن يكون الاثراء بلا سبب : والمقصود « بلا سبب » أن يكون بلا مسوغ قانوني ، فاذا كان الاثراء نتيجة استعمال حق فلا محل للمطالبة كما لو صرح مالك منزل لشخص أن يقيم في منزله ولم يطالبه بأجرة ثم غادر الساكن المنزل ، وبعد انقضاء فترة من الزمان طالبه المالك بأجرة ، فلا محل للمطالبة لأن ظروف الحال تفيد أنه قصد عدم مطالبته بأجرة . واذا اعتاد شخص أن يؤدى عملا لوالده ، فظاهر الحال يدل على أنه قصد أن يؤدى هذا العمل مجانا . واذا أجرى مقاول مرمة في منزل بناء على طلب المستأجر فلا يجوز للمقاول مطالبة مالك المنزل بمصاريف المرمة (م ٣٧٠ / ٤٥٢ مدنى) بسبب التزام المستأجر برد ما استأجره بالحالة التي هو عليها بغير تلف حاصل من فعله أو فعل مستخدميه (م ٣٧٨ / ٤٦٣ مدنى) .

(٤) عدم امكان المطالبة بدعوى أخرى . اذا استطاع الدائن أن يطالب

---

(١) يقوم الاثراء في اليوم الذى تقام فيه الدعوى ، لا في اليوم الذى حصل فيـه الاثراء (بودرى وبارد ج ٣ بند ٢٨٢٧)

المدين بدعوى غير دعوى الاثراء بلا سبب كالدعوى المترتبة على عقد أو جريمة أو شبه جريمة أو الفضالة فلا يجوز له اقامة دعوى الأثراء [١] لأنها دعوى احتياطية subsidiaire فاذا تعذر عليه المطالبة بسبب عدم امكانه اثبات حقه فلا يستطيع أن يتخذ الأثراء بلا سبب مساغا للمطالبة بحق سقط بمضى المدة أو يتخذ الاثراء مساغا لهدم قواعد الاثبات [٢].

(١) نقض فرنسى ٢ مارس سنة ١٩١٥ د ، ١٩٢٠ ، ١ ، ١٠٢

(٢) نقض فرنسى ١١ يولية سنة ١٨٨٩ ، د ، ١ ، ٣٩٣ .

الفصل الثالث

فى التعهدات المترتبة على أفعال غير مشروعة (١)

الفرع الاول – فى الجريمة وشبه الجريمة

٣٧٢ فى الفعل غير المشروع . وهو الذى يرتكبه الانسان فيلحق بلا وجه حق ضرراً بحقوق الغير ، ويلتزم فاعله بحكم القانون بتعويض المجنى عليه عما لحقه من الضرر بفعله. كما اذا جرح سائق سيارة أحد المارة ، أو بتركه كسقوط منزل وقتل أحد المارة . ويعتبر التزام الفاعل بالتعويض التزاماً قانونياً لأنه يتحمله رغم أرادته سواء أكان الفعل متعمداً أو غير متعمد ، أى جريمة أو شبه جريمة فالالتزام واحد فى الحالتين .

٣٧٣ — فى الجريمة. تتميز الجريمة بأنها تقع عمداً أى أن الفاعل يقصد بفعله أو بتركه احداث ضرر بالغير ، وبأنه لا يجوز الاتفاق سلفاً على عدم المسئولية المدنية عن الجريمة .

٣٧٤ — فى شبه الجريمة. تتميز شبه الجريمة بانعدام تعمد الضرر ، وبأن الفعل أو الترك الذى أحدث ضرراً بالغير سببه الأهمال ، أو عدم الاحتياط. وبانه يجوز الاتفاق سلفا على عدم المسئولية المدنية عن شبه الجريمة لانها تتكون فى الغالب من اخطاء بسيطة .

٣٧٥ — فى الجريمة المدنية والجريمة الجنائية . تطلق الجريمة المدنية

---

(١) Dr. El Sanhoury et Dr . Bahgat. La responsablité délictuelle
مجلة القانون والاقتصاد سنة ٢ ص ٢١٥ — ٢٢٨

على كل خطأ يرتكبه الانسان يتسبب عنه ضرر للغير ، ونطاق الجريمة الجنائية على كل فعل أو ترك يترتب عليه عقوبة جنائية . وهما يختلفان من الوجوه الآتية : —

(١) يعنى المجتمع بالجريمة الجنائية ويعتبر خصما لمرتكبها . أما الجريمة المدنية فلا تهم الا فاعل الضرر والمجنى عليه . وجزاء الجريمة الجنائية الحبس أو الغرامة وجزاء الجريمة المدنية الزام الفاعل بدفع تعويض نقدى الى المجنى عليه .

(٢) الجريمة المدنية أوسع مجالا من الجريمة الجنائية لأنها تشمل كل الافعال الضارة التى تلحق ضرراً بالغير . أما الجريمة الجنائية فهى معينة بنص القانون ، ولا عقوبة بلا نص

(٣) لا يشترط فى الجريمة الجنائية أن يترتب عليها ضرر يمكن تقويمه بالمال كبعض جرائم الشروع ، والمخالفات التى لا يترتب عليها ضرر للأفراد ولا تقع الجرائم المدنية كلها تحت طائلة قانون العقوبات كمعظم أحوال الاهمال .

(٤) لا يكتسب الحكم الجنائى قوة الشىء المحكوم به بالنسبة للمسئولية المدنية فاذا قضى ببراءة سائق سيارة من جريمة جنائية ، جاز للمجنى عليه أن يقاضيه أمام المحكمة المدنية لمطالبته بتعويض[1] بسبب الجروح التى أحدثها به السائق باهماله . إنما اذا اختار المجنى عليه المحكمة المدنية وقضى برفض دعواه ، فلايجوز له بعد ذلك الادعاة مدنياً أمام المحكمة الجنائية (م٢٣٩/٢٦٨ تحقيق جنايات) .

٣٧٦ — فى نشوء نظرية المسئولية عن الافعال غير المشروعة. نظرية المسئولية من أهم المسائل التى يجب أن يعنى بها المشرع . إذ يتعين عليه أن يحدد لكل فرد المجال المشروع لنشاطه بحيث لو تجاوزه تعرض للمسئولية .

---

(١) نقض أهلى ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة سنة ١٢ حكم رقم ١٥٣ ص ٢٨٥

ولا يعدو هذا التحديد عن أن يكون تنظيما للكفاح فى تحصيل المعاش ، وتنسيقاً للحياة المشتركة . من أجل ذلك كانت الحلول التى تقتضيها المسئولية مثاراً للجدل منذ أبعد العصور ، وما زالت حتى الآن الشغل الشاغل للفقهاء . وقد قدر لهذه النظرية أن تنشأ نشأتين منذ عهد الرومان الى الآن . فتراها تمضى قدماً ، ثم تعود القهقرى الى مبتداها ، وهى فى كل هذا تحوم حول فكرتين ، وتدور حول قطبين ، وهما الخطأ — فتتسمى بالمسئولية الذاتية subjective ، والغرر (الخطر) فتسمى المسئولية الشيئية أو مسئولية غرر الحرفة .

٣٧٧ — **المسئولية الشيئية** . كانت المسئولية فى القانون الرومانى شيئية أى تقع مستقلة عن فكرة الخطأ كرد فعل منبعث من المجنى عليه ضد السبب الظاهر للضرر ، فكما يثور الطفل على الدمية التى جرحته كان الانسان فى تلك العصور يقتضى التضمين عن كل ما يصيب شخصه أو ذويه ، دقة بدقة ، دون التفات الى مباشر الضرر طفلا كان أو حيواناً أو جماداً . فكان يترك مباشر الضرر ، عبداً أو حيواناً أو جماداً ، لإمرة المجنى عليه .

٣٧٨ — **المسئولية الذاتية** . تهذبت العقول ، ولطفت الأخلاق ، وأخذت تصرفات الناس تصدر عن فكر وروية ، لا عن نزوة وهوية . وأصبحت المسئولية مرتبطة بالخطأ ، فلا مسئولية حيث لا خطأ ، وبعد أن كانت المسئولية شيئية صارت ذاتية . وظلت هذه الفكرة قائمة حتى تلقاها القانون المدنى الفرنسى (١٣٨٢ و ١٣٨٣)

٣٧٩ — **نقد المسئولية الذاتية** . لكن هذه النظرية صارت هدفاً للنقد منذ ثلث قرن وعيب عليها ما يأتى :—

(أولا) تفى المسئولية الذاتية بحاجات الأمم الزراعية التى لم تتعقد وتتضرب فيها الصلات التجارية والصناعية ، لكنها لا تصلح للمجتمعات التى

تعقدت فيها الصلات ، وتكاثرت التبعات والأخطار . وفى كثير من الأحوال لا يمكن تضمين المجنى عليه اذا أقتصر على فكرة الخطأ . فاذا جرحت سيارة أحد المارة وعلقت مسئولية السائق على ارتكابه خطأ ، وألزم المجنى عليه باقامة الدليل على خطأ السائق ، أصبحت المسئولية هباء ، وخيالا محضاً . إذ كيف يستطيع العابر ، الذى انحطت عليه السيارة ، كالقضاء المحتوم ، ينزل والناس أبعد ما يكونون توقعاً له ، فوقع مغشياً عليه ، فاقداً لمشاعره أن يقيم الدليل على خطأ السائق .

واذا كان اثبات الخطأ دائماً عسير الحصول لوروده على فكرة مرنة ، غير مستقرة ، فأحرى به أن يكون أشد عسراً فى الآونة الحاضرة بسبب تطور الصناعة وتقدم الفنون الآلية . زائداً الى هذا ما يلاقيه المجنى عليه من خصمه كشركة . فمن المتسهل عليها أن تتغلب عليه لاستجماعها شروط الغلبة ، من صفوة رجال القانون ، ومن معلومات فنية ، مما يترتب عليه عدم تناسب فى الكفاح .

وقد صارت أسباب الحوادث أكثر غموضاً عن ذى قبل ، بل صارت الحوادث أحياناً مجهولة السبب . لأن الانسان يسخر لمنفعته قوى لا يدرك أسرارها ولا طبيعتها . أليس من العبث مطالبة عامل أصيب بعاهة من جراء انفجار مرجل باثبات خطأ ولى العمل . أو مطالبة عابر سبيل سقطت عليه طيارة فجرحته باثبات خطأ الطيار ؟ وبسبب هذا التطور الصناعى والعلمى صار المجنى عليه فى مركز لا يغبط عليه . وأصبحت نظرية المسئولية الذاتية غير موفية بمقتضيات الحياة وغير مسعفة للمجنى عليه .

وحتى مع افتراض عدم وقوع أى خطأ ، فقد يكون من العدل تضمين المجنى عليه ، لأن من يقدم على تسخير قوى خطيرة لمنفعته يجب أن يتحمل نتائج اقدامه . فالعامل الذى يصاب فى جسمه من جراء حادثة وقعت أثناء عمله ، والعابر الذى تدهمه سيارة ، والمسافر المجروح فى حادثة سكة حديد ،

كل أولئك يستحقون تعويضاً ، الا اذا ارتكبوا خطأ . ذلك أن من ينصب آلات المهالك والمعاطب يجب أن يتحمل نتائج ما قدمت يداه اذا ارتطم الغير بهذه الآلات الجهنمية ، ومسه ضرر ، والقول بأن فاعل الضرر غير مسئول معناه أن المجنى عليه هو الذى يصير مسئولا بلا رجعة من الوجهة الانسانية العامة ، مع أنه تلق بكيفية سلبية الصدمة المنبعثة من نشاط الغير . وهذا تقرير لظلم فادح من الوجهتين الاقتصادية والقانونية . فالولاية على الأموال وما يستتبعها من مغانم ومزايا تستتير المسئولية . ويجب أن لا تكون لطمات القدر غير مستطاع دفعها ، ومحو آثارها ، والا كان معنى ذلك افلاس القانون واقتصاره على تعداد البوائق ، ورصد الطوارق . ومن واجب القانون أن يجبر ما تصدع ، وأن يُقَوِمَ ما تهتك ، طبقاً لقواعد العدل والانصاف . أليست المادة ١١ من القانون المدنى المختلط تقول « اذا لم يوجد فى القانون نص صريح ، أو كان النص غير كاف أو فيه ابهام يتبع القاضى ما تقضى به قواعد القانون الطبيعى وقواعد الانصاف »(١)

وتقول المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية « إن لم يوجد نص صريح بالقانون يحكم بمقتضى قواعد العدل »

ولكن ماهو السبيل لتنظيم المسئولية على أساس العدل ووضعها على قاعدة عملية ؟ عالج الفقهاء والقضاء الموضوع ، وخرجوا بمختلف النظريات ولكنهم أصفقوا على رأى واحد وهو وجوب القضاء على نظرية المسئولية الذاتية . ويمكن ارجاع هذه النظريات الى (١) نظرية المسئولية التعاقدية (٢) نظرية التعسف (٣) نظرية الاعفاء من الاثبات (٤) نظرية المسئولية بلا خطأ .

---

(١) E. D. Bigiavi : Des accidents du travail: L'Egypte Contemporaine p 630 — 639. Nov. 1910

٣٨٠ — نظرية المسئولية التعاقدية [1] يجب اهمال نظرية المسئولية الذاتية والاستعاضة عنها بالمسئولية التعاقدية، وهى التى وضعت المجنى عليه فى مركز محمود. ومقتضى هذه النظرية أن معظم العقود ترتب التزاما بالسلامة توضع فى كنفه، وتحت رعايته حقوق المجنى عليه. يؤيد ذلك أن امين النقل تنشغل ذمته بمسئولية تعاقدية اذا أصيب المسافر بضرر أثناء نقله، لأن أمين النقل أخل بالتزامه بالمحافظة على سلامة المسافر بدليل وقوع الحادثة. لذلك لا يلزم المسافر باثبات خطأ أمين النقل. وهذا يؤدى فى الحقيقة الى تحميل أمين النقل حمل الاثبات.

٣٨١ — نظرية التعسف فى استعمال الحق. يجب التوسع فى فكرة الخطأ واعتبار امكان مطابقتها لاستعمال حق بكيفية خاصـــة. فيعتبر خطأ، أو جريمة استعمال حق لغرض خاص. وهـذا التعسف هو والخطأ سواء بسواء. والتوسع فى نظرية التعسف من شأنه أن يوسع مجال المسئولية الذاتية [2]

٣٨٢ — نظرية الاعفاء من الاثبات. يُسِرَ للمجنى اثبات الخطأ بتقرير قرائن قانونية أو معتبرة هكذا، تفضى فى نهاية الأمر الى الاعفاء من الاثبات، وقد أشار القانون الى بعض هذه القرائن (م ١٥٣ /٢١٥ م) فلا يلزم المجنى عليه الذى عضه حيوان باثبات خطأ مالك الحيوان أو حارسه، لأن القانون يفترض خطأه، وبفضل هذه القرينة تزول فكرة الخطأ من مجال المسئولية ولا تبقى الا كخيال احتراما لتقاليد القانون الرومانى. وهذه النظرية فوق محافظتها على

(١) Sainctelelle. De la responsabilité et de la garantie, 1880
Marc Sauzet. De la responsabilité des patrons (Revue critique 1883 p. 596)

(٢) Zingher. Responsabilité du commettant Thése. Paris 1923
Eug. Gaudemet. Evolution dans la théorie de la responsabilité. Rev. Trim 1927 p. 893

التقاليد مجدية ، وترضى الكافة (١)

٣٨٣ — **نظرية المسئولية الشيئية** . لم يقف خصوم نظرية المسئولية الذاتية عند هذا الحد ، بل تجاوزوا المعقول ، وقالوا بوجوب حذف فكرة الخطأ بتاتا من نظرية المسئولية ، واعتبار الغرر أساس المسئولية . كمسئولية ولى العمل عن الحوادث التى تصيب عماله أثناء العمل . وهذه هى النظرية الشيئية الصريحة . ومؤداها نسبة الضرر الى من كان سبباً فيه ، لأن الفاعل هو الذى يجب أن يتحمل الغرر : غرر الحرفة ، غرر الملكية ، ألخ أى الغرر المنشأ risque crée .

ولن تصل المسئولية الشيئية الى اسقاط المسئولية الذاتية تماما . وليس من المرغوب فيه أن تحذف نظرية الغرر فكرة الخطأ ، فى الوقت الذى أخذت فيه نظرية التعسف تقدم عنصراً جديداً أتاح لها توسيع مجال المسئولية الذاتية . ومع ما هناك من تجاذب بين الخطأ والغرر فما زال الفقه والقضاء يأخذان بنظرية الخطأ ، (٢) رغم اتجاه بعض الأفكار الى الأخذ بنظرية المسئولية الشيئية .

والحقيقة أن لا تعارض بين الفكرتين ، فهما مكملتان لبعضهما بعضاً . وكل ماتبغيه نظريتا المسئولية الذاتية والشيئية أو غيرهما ، هو السعى الى تحقيق التوازن بين المنافع والحقوق الذى أخلت به الاحداث .

الفرع الثانى — فى المسئولية عن الخطأ (الذاتية)

٣٨٤ — **تقسيم** . المقصود من المسئولية الذاتية تلك المسئولية التى أساسها الخطأ وهى المقررة فى المادة (١٥١/٢١١ م) . وتعتبر قواعدها الشريعة العامة للمسئولية . وسنعالج (١) شروط المسئولية الذاتية (٢) دعوى المسئولية (٣) المسئولية عن الخطأ والمسئولية التعاقدية .

---

(١) بلانيول ج ٢ بند ٩٢٧ — ٩٣١ كولان وكابتان ج٢ ص ٤٠٠ — ٤٠٣

(٢) بلانيول ج ٢ بند ٩٢٠ وكولان وكابتان ج ٢ ص ٣٩٧

المبحث الاول — فى شروط المسئولية عن الخطأ (الذاتيه)

٣٨٥ عموميات — أساس المسئولية الذاتية ارتكاب جريمة أو شبه جريمة. وتقول المادة ١٥١ مدنى أهلى «كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر» ولم يشر هذا النص الى الخطأ. وهذا خطل وقع فيه مترجم القانون. ويتعين أن تقرأ العبارة الأخيرة من هذه المادة بالكيفية الآتية «... يوجب ملزومية من وقع الضرر بخطئه بتعويضه»(١) ويستفاد من هذه المادة أن المسئولية الذاتية تتركب من العناصر الآتية: (١) خطأ (٢) ضرر (٣) علاقة سببية (٤) أهلية خاصة. وعند توافر هذه الشروط يصير الفعل أو الترك غير مشروع، سواء أكان جريمة أو شبه جريمة، وينبنى عليه المسئولية الذاتية.

المقصد الاول — فى ماهية الخطأ

٣٨٦ — فى تعريف الخطأ: الخطأ لغـــة هو الذنب أو الاثم غير المتعمد (٢) وقد استعار القانون كلمة خطأ من علم الاخلاق. لذلك لم تحظ هـذه الـكلمة بالدقة المألوفة فى الألفـاظ القانونية (٣) وهى تشمل مختلف الأفعال والتروك الضارة، ومن المتعـــذر اعطاء تعريف جامع مانع لها. ولتحديد مدى الخطأ يجب وضع قاعده يسترشد بها فى الدلالة عليه. ونحن نورد فيما يلى مختلف القواعد التى وضعها الشراح.

(١) يقول النص الفرنسى oblige celui par la faute duquel. وتنص المـادة ٢١١ مدنى مختلط «كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشىء عنه» واذا كانت العبرة بالنص العربى «هامش ١ بنـد ٢٨٥ ص ٢٤٢» ولـكننا نأخذ بالنص الفرنسى لاننا نلقاء خطأ مادى فى الترجمة يجب تصحيحه بالرجوع الى الأصل الفرنسى.

(٢) والخطيئة فى اللغة ما تعمد من الذنب

(٣) Ripert. la règle morale no 102
ويقول الأستاذ جوسران ان المشرع تعمد استعمال هذه الـكلمة الغامضة، معتمداً على القاضى فى تعيين حقيقتها (ج ٢ بند ٤٢٢)

٣٨٧ — **نظرية الاخلال بالتزام سابق.** عرف الاستاذ بلانيول الخطأ بأنه الاخلال بالتزام مقرر من قبل (ج ٢ بند ٨٦٣—٨٦٥) ثم بين الالتزامات التى يعتبر الاخلال بها خطأ[1]. وهى محاولة غير مجدية بسبب تعدد الالتزامات التى يتحملها الأفراد، واختلاف وسائل الاخلال بها، بحيث يتعذر وضع بيان تام أو شبيه منه بالواجبات وأحوال الاخلال بها. وإنه لما يناقض حقائق الأمور أن يُنتسج نسج من الالتزامات المقررة ثم تعرض الجرائم كأنها اخلال لأوامر المشرع وهو مايوهم، على خلاف الحقيقة بأن المسئولية عن الخطأ مماثلة للمسئولية التعاقدية التى تفترض فعلا انتهاك التزام مترتب على اتفاق. وهذا قلب لنظام العوامل القانونية، لأن المسئولية الذاتية لاتنشأ من الواجبات المقال بتقريرها سلفاً، ولكن من الخطأ ذاته الذى وقع بمناسبتها. فالجريمة هى التى تولد المسئولية والجريمة هى المعتبرة مصدرا من مصادر الالتزامات، فهى سبب وليست نتيجة[2].

٣٨٨ — **فى تعذر ارجاع فكرة الخطأ الى قاعدة.** ليس من المتسهل العثور على قاعدة يرجع اليها لتحديد الخطأ. وكل ماهو فى المقدور هو الاعتراف بأن الخطأ يتكون من عناصر مختلفة، يرجع بعضها الى المجنى عليه أى الدائن، والبعض الآخر الى الفاعل أى المدين بالتعويض.

---

(١) وهى الامتناع عن التعدى على الأشياء والأشخاص، الامتناع عن الغش، الامتناع عن الأفعال التى تقتضى كفاية ومهارة لا يتوافران فى الانسان بالدرجة المطلوبة لمباشرة هذه الاعمال، بذل الرقابة الكافية على الأشياء الخطرة التى فى حيازة الانسان ومراقبة الاشخاص الموضوعين تحت رعايته (ج ٢ بند ٨٦٥)

(٢) وتشابه هذه النظرية نظرية الافعال غير المشروعة (موجز دالوز فى القانون المدنى ج ٢ بند ١٤٤) وقال ليفى بنظرية خفر الذمة Confiance trompée ومقتضاها أن الانسان محتاج فى حياته للآمان المتبادل، وأن كل انسان عليه واجب عدم الاخلال بهذا العهد المقطوع. ويسأل الانسان عن الضرر المترتب على عدم القيام بهذا الواجب. E. Levry (Rev. Critique 1999).

٣٨٩ — العناصر الخاصة بالمجنى عليه . (١) يجب أن يُرجع المجنى عليه مطالبته بالتعويض الى ضرر لحقه فى أحد حقوقه lésion d'un droit بشرط أن نفهم الحق باوسع معانيه ، فلا يتناول الحقوق المسماة والمعينة فحسب بل الحقوق غير المحدودة والعامة . وهى فى الغالب أعظم الحقوق شأنا كحق سلامة الجسم ، والاعتبار والحرية والشرف .

ولا يكفى أن يدعى الطالب أن الفعل أو الترك الذى يشكو منه ألحق ضرراً بمصالحه ، مهما كانت هذه المصالح محترمة ، بل يجب أن تكون هذه المصالح مما يحميها القانون ، ويتفق هذا الرأى مع النظم القانونية الحديثة التى لاترى فى الدعاوى الا حقوقا يمكن المطالبة بها أمام القضاء أى أن الدعوى هى حق التداعى . اذ من العبث أن يدعى تاجر بان فَتْح أو توسيع متجر شبيه بمتجره ألحق به ضرراً مادام لا يستطيع إثبات ضرر لحقه فى أحد حقوقه لا فى مصالحه [1]

كذلك لا يكفى أن يدعى طالب التعويض بمضارته فى حقه ، بل يجب أن لا يكون لخصمه حق أعلى وأسمى من حق الطالب ، وذلك أنه يحدث أحياناً أن يكون للانسان حق الحاق ضرر بحقوق الغير . فالحق فى الاعتبار من الحقوق المسلم بها لكن هذا الحق يتلاشى أمام ضرورة نشر الاحكام القضائية أو أمام مقتضيات الحقيقه التاريخيـة ، كحق المؤلف فى نقد سـيرة شخص توفى وبيان سوء خطته وشين سلوكه ، ويتلاشى حق المحافظة على الاسرار امام مقتضيات العدالة .

يتبين مما تقدم أن فكرة الخطأ نسبية ، وأنها النقطة التى يتلاقى فيها حقان متعارضان ، فينشب بينهما صراع تكون الغلبة فيه للاقوى . وليست الحياة القانونيه إلا كفاح مستمر تتشابك فيه المصالح والحقوق ويأخذ فيها بعضها

(١) نقض فرنسى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ س ، ١٩٢٦ ، ١ ، ١٧٢

برقاب البعض الآخر . لذلك يمكن القول بأن ارتكاب خطأ معناه الحاق ضرر بحق الغير دون امكان التذرع بحق أقوى أو معادل له ؛ أى دون امكان الاحتجاج بباعث مشروع . وعند ما تصل الأمور عند هذا الحد يصير الفعل غير مشروع ، ويشغل ذمة فاعله بالمسئولية ، فاذ ذاك يختل التوازن ، ولا يصححه ، إلا الزام الفاعل بالتضمين . وليست كل نظرية المسئولية إلا عملية توازن حقوق متعارضة لا تنفك فى مناجزة وصراع . ومن المرغوب فيه أن يوضع حد لهذه المناجزة ، وأن تخمد قبل استفحالها . والمادة ١٥١ م وما بعدها تمكن القاضى من فض كفاح المصالح المتقابلة .

٣٩٠ — *فى درجة جسامة الخطأ* . قد يختلف الخطأ كبراً وصغراً . والقاعدة أنه لا يؤبه فى المسئولية الذاتية بجسامة أو بطفافة الخطأ . فالخطأ مهما كان طفيفاً يلزم فاعله بالتضمين .[١] الا أن القاضى ، فى الواقع ، يراعى درجة الخطأ ويمنح المجنى عليه تعويضاً جسيماً اذا كان الضرر مصدره خطأ جسيم ، وبخاصة اذا كان مصدره خطيئة (خطأ متعمد) وقد عامل القانون الخطيئة بالشدة ، والخطأ بالرفق .

انما اذا اشترك المجنى عليه فى الخطأ ، كتصادم سيارتين أحدهما كانت سائرة فى الجهة اليسرى والأخرى سائرة بدون اضاءة وبسرعة شديدة ، فقد تقسم المسئولية باعتبار الربع للسيارة الأولى والثلاثة أرباع للثانية [٢] . وقد يبلغ أحد الخطأين درجة من الخطورة بحيث يتحمل فاعله كل المسئولية ويجب الخطأ الطفيف الذى وقع من الطرف الثانى . وقد يفضى الخطأ المشترك الى

---

(١) يقول المثل اللاتينى in lege aquilia, levissima culpa venit يتولد الالتزام من الخطأ حتى لو كان طفيفا وخطأ المجنى عليه لا يجب خطأ المطالب بالتعويض (نقض أهلى ١٦ ابريل سنة ١٩٣١ المحاماة سنة ١٢ حكم رقم ١٩٥ ص ١٨١

(٢) استئناف أهلى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ السنة ٦ عدد ٢٥ حيث قضى بتخفيض التعويض بسبب اهمال المجنى عليه

المقاصة فى المسئولية أى زوالها.[1]

وهناك أحوال سارت فيها بعض المحاكم على قاعدة عدم المسئولية[2] الا اذا كان الخطأ جسيما، وهى خاصة بالأطباء والجراحين. فبينما يسأل المحامى والمهندس عن الأخطاء الطفيفة، لا يسأل الطبيب أو الجراح الا عن الخطأ الفاحش. وهذه المسئولية المخففة لا تستند الى نص فى القانون. والواجب أن يجرى حكم القانون على الأطباء والجراحين فيسألون كغيرهم من المحترفين بالمهن الحرة عن أخطائهم الطفيفة.[3]

٣٩١ — الخطأ فى استعمال الحق، نظرية التعسف فى استعمال الحق. يبدو أول وهلة أن استعمال حق لا يمكن أن يكون مثاراً لخطأ يترتب عليه مسئولية. اذ كيف يعتبر مرتكباً لجريمة من يستعمل حقاً خوله له القانون. وكيف يتولد الشىء غير المشروع من عمل مشروع، أليست المسئولية المدنية قاصرة على الأفعال التى يأتيها الأنسان بلا وجه حق؟ لكن قليلا من التفكير يبين ما فى هذا الرأى من خطل. والحقيقة أنه لا إطلاق فى الحقوق. فالحقوق، وهى منتجات اجتماعية، لا تمنح الى الأفراد فى صورة مجردة أو لكى يستعملوها حسب هويتهم. فكل حق يعتمد فى وجوده على سبب ووظيفة، ويسود كل حق معنى ليس فى مقدور صاحب الحق أن

---

(١) استئناف أهلى ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٨ سنة ٩ عدد ٤٨. وسار القانون البحرى على قاعدة المقاصة فى الأخطار فقضت المادة ٢٤٢ بحرى فى حالة تصادم سفينتين بخطأ الربانين فيجبر الضرر بمصاريف تشترك فيها السفينتان وتقسم عليهما بنسبة كل واحدة منهما

(٢) استئناف باريس ١٢ مارس سنة ١٩٣١ د، ١٩٣١، و ١٤١ ونقض فرنسى ١١ يناير سنة ١٩٣٢ ودالوز الاسبوعى ١٩٣٢، ١٩٣١

(٣) جاء فى معين الحكام للطرابلسى أن الكحال اذا صب الدواء فى عين رجل فذهب ضوؤها لا يضمن الا اذا غلط. ولو قال الرجل للكحال داو بشرط أن لا يذهب البصر فذهب لا يضمن. وسقطت صبية من السطح فانفتح رأسها واختلف الجراحون فى لزوم الشق ثم شقه واحد منهم ثم ماتت بعد يومين فلا يضمن حتى لو قال الجراح ان ماتت فانا ضامن « ص ٢٢٨ »

يتجاهله أو يمسخه . واستعمال الحق يقضى باتباع معناه وإلاَّ بَعُدَ الحق عن غايته ، وتجاوز الغرض منه . وانشغلت ذمة صاحب الحق بالمسئولية . ويتبين من هذا أن نظرية التعسف فى الحق متصلة بقاعدة نسبية الحقوق .

وقد أخذ القضاء ، تحت ضغط الضرورات العملية ، بقاعدة نسبية الحقوق ، وتبعاً بنظرية التعسف ، حيث لاحظ أن الحقوق تمنح الى الأفراد بلا ضمان من الدولة ، وانها لا تتحقق فى الفضاء المطلق (الخلاء) ولكن فى البيئة الاجتماعية (الملاء) ويتعين من أجل ذلك أن يكون استعمالها معتبراً فيه المجتمع ، ومطابقا ، لروح وقوام النظام الموضوع . ويجب أن لا يكون القانون فى مجموعه أداة للتعسف أو أن يكون مجالا للحيل العقلية بل يكون أداة لسيادة حسن النية فى معاملات الناس . وقد أخذت هذه الحركة فى الذيوع منذ ربع قرن . وشملت فكرة نسبية الحقوق كل مناحى التشريع وخلقت مذهباً جديداً يضع الواجبات القانونية فى المقام الأول[1] . وقد أينعت هذه الفكره وظهرت أثارها الطيبة فأسلست قياد القانون ، ولاءمته ، وهذبته وطبعته بطابع المرحمة والانسانية . ولم يعد العدل فكرة نظرية محصورة فى ألفاظ وصيغ ، بل صار حقيقة فعلية تلمس فى الوقائع ، وتحققها الأحكام القضائية .

٣٩٢ — **فى ماهية التعسف ومقياسه** . اعتبر القانون الرومانى التعسف ونية الاضرار سواء بسواء . فالعمل التعسفى هو ما وقع بنية الاضرار . لأن الدولة لا تمنح للافراد الحقوق وما تتبعها من مزايا لكى تتخذ أداة للاضرار بالغير . وقد يكون الضرر نتيجة الفعل ، لكن الضرر لا يجعل الغرض مشروعا .

ومازال هذا المقياس معمولا به حتى الآن . فنية الاضرار هى التى تنم عن التعسف ، وهى التى تكونه كما هو الحال فى مسائل الملكية . لكن النظر

(١) déonatologie juridique

القانونى يتجه الآن للاخذ بمقياس آخر أكثر شمولا ، قوامه فكرة « تبديد وظيفة الحق[1] » وبذلك حل المقياس التوظفى[2] محل المقياس القصدى[3] وتستفاد وظيفة الحق من روح القانون ومن المهمة التى عهدت اليه . على أن هذه الوظيفة تختلف من حق لآخر . فبينا قُررت بعض الحقوق ، فى الظاهر على الأقل ، لمصلحة صاحب الحق إذ قرر البعض الآخر لمصلحة شخص أجنبى وقرر نوع ثالث لمصلحة الكافة . ويدخل حق الملكية فى النوع الأول . وتدخل الولاية والقوامة والوصاية فى النوع الثانى ، وحق النقد فى النوع الثالث . فالمالك يعمل لمصلحته الشخصية . والوصى يعمل بما هو فى مصلحة عديم الأهلية . والمؤرخ بما هو فى مصلحة الحقيقة ، وبينا المالك يبقى فى نطاق حقه يسير فيه على خطة الأنانيـــة اذ يعتسف الوصى الحق اذا وجه سلطته فى مصلحة نفسه بدلا من توجيهها فى مصلحة عديم الأهلية الذى عهد اليـه بحراسة مصالحه أى أنه يستغل سلطته فى غير ما وضعت له ويحيلها عن غايتها ويرتكب عملا غير مشروع يشغل ذمته بالتضمين .

اذن يتعين البحث فى الباعث الذى خضع له صاحب الحق والغاية التى انتوى تحقيقها ثم نواجه ذلك الباعث وهذه الغاية بروح ووظيفة الحق ، فاذا كان هناك تطابق كان استعمال الحق مشروعا . واذا كان ثمت تنافر كان استعمال الحق تعسفياً وترتب عليه مسئوليته .

وتختلف البواعث غير المشروعة باختلاف الحقوق ، وباختلاف الروح التى تسودها ، والوظيفة التى من اجلها قررت . ومن هـــذا القبيل التواطؤ الموجه ضد الغير ، وهو باعث له من القوة بحيث أنه بجرد التسجيل من آثاره القانونية وثانياً التحايل على القانون أى ارادة تفادى حكم نص قانونى الزامى وثالثا نية الاضرار ، وأخيرا الأخطاء البسيطة ، وهى أدنى درجات البواعث غير المشروعة ، وتتكون من استعمال الحق بكيفية غير مألوفة ولا متعارفة

(١) detournement du droit de sa fonction

(٢) critère fonctionnel (٣) critère intentionnel

وغير متفقة مع روح القانون . كالاهمال والرعونة . وهى اخطاء ترجع الى كيفية تصور الحق أو الى كيفية استعماله . وهى تؤدى فى كلتا الحالتين الى العدول بالقانون عن غايته السامية

٣٩٣ — **فى تطبيق نظرية التعسف** . لا يقع تطبيق نظرية للتعسف فى استعمال الحق تحت حصر من ذلك

حق الملكية الفردية[1]. يدل حق الملكية على أنه مقرر، فى الظاهر على الأقل، لمصلحة المالك الذى لا يطلب منه سوى استخدامه لاشباع حاجة جدية مشروعة . ولا ينشأ التعسف الا حيث (١) تتوافر نية الاضرار (٢) وتنعدم الحاجة المشروعة ، بقطع النظر عن نية الضرر . وبخاصة لا يقبل من المالك أن يختار من بين عدة طرق لاستعمال حقه ، الطريقة التى تلحق بالغير أكبر ضرر[2] . والخلاصة انه يطلب من المالك أن يصدر فى أعماله عن دافع الأنانية المعقولة ، فاذا التزم هذه الخطة ظل فى مأمن من كل تضمين .

استعمال طرق المرافعات القانونية . يبدو لأول وهلة أن حق المقاضاة والمدافعة والطعن فى الأحكام والشكاية ، وطرق التنفيذ هى من الحقوق المطلقة المقدسة . والحقيقة انها حقوق نسبية تحتمل التعسف فى استعمالها . ويجب استعمالها بصدق ؛ وأناة ، وتبصر ، وإلا التزم الفاعل بالتضمين . لذلك قضت المـــاده ١١٥ / ١٢٠ مرافعات بأنه يجوز للمحكمة فى جميع الدعاوى أن تحكم بتعويضات فى مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى أو مدافعة كان القصد بها مكيدة الخصم .

الحرية الفردية : تجد الحرية الشخصية قيوداً فى نظرية التعسف . ذلك أنه لا يجوز استخدام حرية الفكر وحرية التجارة وما اليهما الا فى خدمة

---

(١) مقال الاستاذ والتون « قيود استعمال حق الملكية العقارية » L'Egypte contemporaine سنة ١٩٢٣ س ١ — ٩ (ج ١٤) .

(٢) نقض بلجيكى ١٢ يوليه سنة ١٩١٧ Pasicrisi Belge ١٩١٧ ، ١ ، ٦٥

المصالح الحرفية التى يتركب منها الباعث المشروع .

العقود : تخضع العقود فى كل أدوارها ، منــــذ تكوينها [١] لحين انقضائها ، لنظرية التعسف . وقد أخذ القضاء بهذه النظرية فى عقد ايجار العقار لحق المؤجر فى اجازة التأجير من الباطن أو اجازة تحويل الايجار . فقد يستعمل المؤجر حقه فى الاجازة بطريقة تعسفية تقتضى الزامه بالتعويض [٢] وفسخ ايجار الأشخــــاص لمدة غير معينة ، ورفض تجديد الايجار [٣] . وتبدو فى كل هذه الأحوال فكرة البـاعث غير المشروع وبخاصة فى حق فسخ ايجار الأشخاص غير المحدد بمدة حيث يلتزم الفاسخ بالتضمين اذا استعمل حقه بلا مقتضى ، وبكيفية تنم عن الخفة وسوء النية . وتخضع قواعد خصم المدفوعات لنظرية التعسف (بند ١٠٧) فيجب أن لا يكون الخصم بمعرفة الدائن أو المدين من شــــأنه أن يحدث ضرراً بمدينه أو بدائن آخر . وأخيراً يحتمل حق السكوت حدوداً ذاتيـة ، فقد يرتكب الشخص خطأ بامتناعه عن الـكلام أو عن المـكاتبة [٤]

يتبين مما تقدم أن نظرية التعسف فى استعمال الحقوق متعددة النواحى ؛ وانها تسود كل العـلاقات القانونية الناشئة بين الناس ، فالوسائط ، مهما كانت مشروعة لا تبرر الغاية ، ولا يكفى أن يستند الشخص على حق لـكى يتوهم أنه صار بمنجاة من المسئولية . واذا جاز لنا أن نقحم الفاظاً من قانون البحار قلنا بأن العـلم لا يحمى البضاعة . فالحقوق التى تمنحها لنا السلطات العامة يقع خطر استعمالها على عاتقنا ، ولا ضمان على السلطات العامه . فعلينا نحن تقع مسئوليه الانتفاع بها طبقاً للمادة ١٥١ / ٢١٢ مدنى .

---

(١) بند ٢٦١

(٢) مارسليا ١٥ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الاسبوعى ١٩٢٥ ، ١٩٢

(٣) رين أول يوليه سنة ١٩٢٩ س ، ١٩٣٠ ، ٢ ، ٤٣

(٤) R. P. Raminceano, La silence créateur d'obligation, Rev. Trim. 1930 p. 999.

المقصد الثانى — فى الضرر

٣٩٤ — فى ضرورة وجود ضرر . لا يعنى القانون بالخطأ فى ذاته بل بنتائجه . فالخطأ لا ينشأ قانونا الا اذا ترتب عليه ضرر بشرط أن يكون هذا الضرر محققاً . ولبيان ذلك نقول :

(١) يجب أن يقع ضرر ، فاذا انتفى الضرر انتفى الفعل غير المشروع جريمة كان أو شبه جريمة ، وقد أشارت المادة ١٥١ / ٢١٢ مدنى الى هذا الشرط فقالت « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير . . » ينبنى على هذا أن التعسف فى الحق لا يشغل ذمة فاعله بالمسئولية إلا إذا ترتب عليه ضرر للغير ، فمالك الأرض الذى يحدث بئراً فى أرضه بقصد نضوب الماء من بئر جاره لا تنشغل ذمته بالمسئولية ما دام انه لم يصل الى بغيته .

(٢) يجب أن يكون الضرر محققاً . فلا يلتفت إلى الضرر الاحتمالى أو الفرضى كالضرر المدعى به بسبب وفاة محسن كان يعطى صنيعته عطايا طفيفة ومتقطعة من وقت لآخر [١] ولا يشترط أن يكون الضرر حالا . فيجوز للمحكمة أن تقضى بالتعويض عن ضرر مستقبل محقق حصوله متى كانت جرثومته موجودة منذ الآن ، كاتلاف حاصلات فى دور النضوج وميدان أرض ، وتحقق زيادته ، وما يتعين من ضرورة اعادة انشاء المبانى المقامة عليها (انظر بند ٣٦)

٣٩٥ — الضرر المباشر وغير المباشر . من القواعد المسلم بها ، فقها وقضاء ، أن الضرر يستحث التعويض حتى لو كان الضرر غير متصل مباشرة بالخطأ بل كان ترجيعاً أو ترديدا له ، يقوى أو يخفت على حسب الأحوال

---

(١) نقض فرنسى ٢ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ، ١١٣ . أما اذا كانت العطايا متجددة بصفة دورية ومنتظمة فيقضى بالتعويض (نقض فرنسى جنائى ١٠ يناير سنة ١٩٢٩ دالوز الاسبوعى ١٩٢٩ ، ١١٧)

ولا تفرق المادة ٢٥١ / ٢١١ بين الضرر المباشر وغير المباشر[١] فاذا التزمت الحكومة بسبب وفاة أو اصابة موظف أن تتحمل نفقات ، جاز لها أن تطالب الفاعل بتعويض الضرر غير المباشر الذى أصابها بفعله[٢] كذلك يجوز للمالك المجاور لمصنع يحتوى على كمية كبيرة من البترول أن يطالب صاحب المصنع بدفع ما ترتب على هذا الجوار غير المرغوب فيه من زيادة جعل التأمين ، وبخاصة اذا انعدمت الاحتياطات التى كان يتعين اتخاذها[٣]

٣٩٦ — **فى أنواع الضرر** . ينقسم الضرر الى مادى ومعنوى . وينشأ الضرر المادى من الاعتداء على الجسم كالضرب أو الجرح الذى يحدث عجزاً عن العمل ، أو عاهة مستديمة ، أو فصل عضو ، والاعتداء على المال كاتلافه بالحريق أو تقليع الزراعة أو الاختلاس أو تقليل قيمته كانشاء محل ضار بالصحة أو مقلق للراحة بجوار منازل معدة للسكنى ، أو كالحرمان من مال آيل ، أو من ربح مرتجى كالتقليد ، والمنافسة غير المشروعة ، وطرد العامل فى وقت غير لائق . وينشأ الضرر المعنوى من اصابة الشخص فى ثروته المعنوية (بند ٤٦) أو ما تسببه الجريمة من آلام وأحزان[٤]

المقصد الثالث — فى علاقة السببية

٣٩٧ — **فى علاقة السببية** . يجب أن يكون الخطأ الواقع سببا للضرر الحاصل[٥] . وهذه العلاقة عسيرة الاثبات لأن الفعل قد يترتب عليه نتائج بعيدة المدى غير متوقعة الحصول . ومع أن الفاعل يسأل عن النتائج

---

(١) نقض أهلى ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة السنة ١١ حكم رقم ١٤٨ ص١٦٧

(٢) نقض فرنسى ٧ مارس سنة ١٩١١ س ، ١٩١١ ، ١ ، ٥٤٥ و ١٤ يناير سنة ١٩٢٤ س ، ١٩٢٤ ، ١ ، ١٦٠

(٣) نقض فرنسى ٧ يناير سنة ١٩٣١ دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ، ١١٤

(٤) استئناف مصر ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة سنة ١٠ حكم رقم ٣١٠ ص ٦١٥

(٥) سم ١١ ديسمبر سنة ٩٢٣ تق ج ٢٥ ـ ٥٨ لذلك يتعين على المحكمة أن تثبت فى حكمها أن الضرر هو نتيجة للخطأ

غير المباشرة المترتبة على خطئه الا أن البحث عن هذه النتائج يجب أن يقف عند حد معقول ، منعاً للظلم .

ويفضي اشتراط علاقة السببية الى استبعاد المسئولية اذا كان الضرر منسوبا الى خطأ المجنى عليه أو الى قوة قاهرة .

٣٩٨ — **خطأ المجنى عليه** . قد يستطيع المدعى عليه بتعويض أن يثبت أن الضرر كله أو بعضه وقع بخطأ المجنى عليه ، فتزول كل أو بعض علاقة السببية ، بمعنى أن مسئولية المدعى عليه تتلاشى أو تنقص . وقد تزول هذه العلاقة اذا كان خطأ المجنى عليه من الفداحة بحيث يتسع لتشرب خطأ خصمه [١] . وتنقضي أو تتراخى علاقة السببية اذا تضافر الخطآن — خطأ الفاعل وخطأ المجنى عليه — فى احداث الضرر . ويعمد القاضى هنا الى قسمة المسئولية فيقلل مبلغ التعويض الذى يمنحه للمجنى عليه . وبذلك يتحمل كل واحد نصيبه فى الضرر [٢]

٣٩٩ — **القوة القاهرة** . تزول مسئولية الفاعل الظاهر للضرر اذا كان الضرر منسوبا الى فعل أو شيء أجنبي عنه أي فى حالة القوة القاهرة ، كالزوابع والفيضان ، والحرب ، والسطو المسلح ، والثورة ، وأوامر السلطات الشرعية ، وفعل الغير كما لو صدمت سيارة سيارة أخرى وقتل أو جرح ركاب السيارة الثانية ، أو اذا كانت السيارة التى سببت الضرر سرقت من مالكها .

لكن الحريق أو انفجار مرجل ، أو كسر آلة الى غير ذلك من الحوادث التى تحدث فى داخل المنشأة لا تزيل مسئولية المدعى عليه بالتعويض .

---

(١) نقض فرنسى ١٦ يناير سنة ١٩٢٨ س ، ١ ، ١٨٠

(٢) نقض فرنسى جنائى ٢٢ اكتوبر سنة ١٩٢٥ داللوز الاسبوعى ١٩٢٥ ، ٥٩١

المقصد الرابع — فى أهلية الفاعل

٤٠٠ — عموميات: أهلية المسئولية عن الخطأ أوسع نطاقاً من الأهلية التعاقدية. لأنه لا يشترط فى المسئولية عن الخطأ نضوج الملكات العقلية فى حين أن مباشرة الأعمال المدنية والتجارية تقتضى تفتح الذهن، وثقوب النظر. فقد لا يستطيع شخص أن يدرك مدى التزاماته فى عقد شركة أو بيع مع أنه يدرك أن تحطيم نافذة جاره، أو الاعتداء عليه أمر غير جائز.

٤٠١ — النصوص القانونية. قضت المادة ٢١٢ مدنى مختلط بأن كل فعل مخالف للقانون يوجب فاعله بتعويض الضرر الناشىء عنه « مالم يكن الفاعل غير مدرك لافعاله سواء أكان لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أم لأى سبب آخر». ولم تشر المادة ١٥١ مدنى أهلى الى أهلية الفاعل، كما أن المادة ١٣٨٢ و ١٣٨٤ مدنى فرنسى لم تشيرا الى الأهلية.

٤٠٢ — هل يشترط التمييز لتحمل المسئولية المدنية. الرأى السائد فى فرنسا انه يشترط لتحمل المسئولية المدنية أن يكون الفاعل مميزاً أى يستطيع تفهم معنى ومرمى عمله ولو لم يكن حائزا للاهلية التعاقدية. فيسأل الطفل المميز عن الجرائم، وأشباه الجرائم المدنية، ويسأل السفيه، والمعتوه فى فترات صحوه وادراكه حتى لو كان محجوراً عليه. أما الأشخاص المحرومون من التمييز، فلا يتحملون المسئولية المدنية، لأن مناطها الادراك والتمييز وهو معدوم (١) وقد عارض هذا الرأى بعض الشراح وقالوا بعدم وجوب اشتراط التمييز لتحمل المسئولية وخاصة بالنسبة للمجنون (٢)

---

(١) جوسران ج ٢ بند ٤٠٧، وموجز دالوز فى القانون المدنى ج ٢ بند ١٤١ وبلانيول ج ٢ بند ٨٧٩ وأخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأى (٢١ أكتوبر سنة ١٩٠١ د ١٩٠١، ١، ٥٢٤)

(٢) Pascaud, Respon sabilité des aliénés. Revue Critique 1905 ; P. 219 Perreau, Revue Critique 1902 p. 408.
M. M. H. et L. Mazeaud. Responsalilité t 1. n 447 et suiv.

٤٠٣ — **المسئولية المدنية وتحملها فى الشريعة الاسلامية** . يتحمل الانسان منذ ولادته ضمان المتلفات التى يتلفها بفعله ؛ لأن الأموال والدماء معصومة ، وعذر الصبى أو المجنون أو السكران أو السفيه لا يرفع عنهم المسئولية المدنية (١)

٤٠٤ — **القوانين الاجنبية** . تقضى المادة ٨٢٩ من القانون المدنى الألمانى بمسئولية عديم الأهلية الذى يحدث ضرراً بالغير بلا وجه حق اذا تعذر طلب التعويض من الشخص الذى عهد اليه بالمحافظة على عديم الأهلية بشرط أن لا يترتب على التعويض حرمان عديم الأهلية من الموارد المالية اللازمة لبقائه . وتقضى المادة ٥٤ من قانون الالتزامات السويسرى بأنه يجوز للقاضى إلزام عديم التمييز بالتعويض عن كل أو بعض الضرر الذى ألحقه بالغير اذا اقتضت العدالة ذلك . وأخذ قانون لبنان الجديد بهذه القاعدة (م ١٢٢)

٤٠٥ — **فى أنه لا يشترط لتحمل المسئولية المدنية تمييز الفاعل** . قلنا إن القانون المدنى الأهلى أغفل هذه المسألة . ونرى وجوب الأخذ بقاعدة مسئولية الفاعل غير المميز عن الضرر الذى يحدثه بالغير للأسباب الآتية : —

(١) تقضى العدالة بتعويض الغير عن الضرر الذى يلحقهم بفعل الشخص غير المميز حتى يعود التوازن الذى أخل به الفعل الضار الى نصابه الأول . وتحقيق هذا الغرض لا يسمح ببحث عقلية الفاعل وشخصيته .وقد

---

(١) مقال الاستاذ الشيخ احمد ابراهيم ابراهيم السابق الاشارة اليه ص ٣٥٩ وما بعدها وجاء فى المجلة مادة ٩١٦ « اذا أتلف صبى مال غيره يلزمه الضمان من ماله ، وان لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره ولا يضمن وليه » . وجاء فى كتاب لسان الحكام « صبيان اجتمعوا فى موضع يلعبون ويرمون فأصاب سهم أحدهم عين امرأة وذهبت، وظهر الصبى ابن تسع سنين أو نحوه ، قال الفقيه أبو بكر أرش عين المرأة يكون فى مال الصبى ولاشىء على الأب ، وان لم يكن له مال فنظرة الى ميسرة ، وقال الفقية أبو الليث انما وجبت الدية فى مال الصبى لانه لا يرى للعجم عاقلة » هامش معين الحكام ص ١٨١ . ويستفاد مما تقدم ان المسئولية فى الشريعة الاسلامية شيئية objective

اعتمد القانون السويسرى على فكرة العدالة . وهى مبدأ قررته المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية .

(٢) القول بعدم مسئولية الفاعل غير المميز معناه حرمان المجنى عليه من التعويض ، وصيرورته ضحية ظروف لم يكن له فيها اختيار . وإذا كان الانسان يختار مدينه المتعاقد فهو لا يختار مدينه فاعل الضرر .

(٣) مسائل الأهلية تتصل بالأحوال الشخصية أى بالشريعة الاسلامية والقاعدة الشرعية تقضى بأن « الاعذار الشرعية لا تنافى عصمة المحل » أى عصمة المال والنفس فلا يجوز أن يهدر شىء منهما .

ويلاحظ أن مسئولية عديم التمييز لا ترفع مسئولية الآباء والأمهات (انظر المبحث الاول من الفرع الثالث بند ٤١٨)

المبحث الثانى — فى دعوى المسئولية

٤٠٦ — **تقسيم** : يقتضى تحريك دعوى المسئولية الكلام على الاختصاص ، والخصوم ، والاثبات.

٤٠٧ — **الاختصاص** . تختص المحكمة الجزئية أو المحكمة الكلية بنظر دعوى المسئولية وفقاً لقواعد الاختصاص النوعى ratione materiae وهو الملحوظ فيه قيمة النزاع . ويجوز للمحكمة الجنائية أثناء نظرها دعوى جنائية أن تنظر بصفة فرعية فى دعوى التضمين اذا كان الفعل يعتبر جريمة فى قانون العقوبات وخطأ أو خطيئة فى القانون المدنى .

وترفع الدعوى أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها محل المدعى عليه ، لا المحكمة التى وقع فى دائرتها الفعل الضار [١]

٤٠٨ — **الخصوم** . لا يثير شخص الفاعل أية صعوبة لسهوله التعرف عليه . انما قد تقوم صعاب ، فى حاله ما اذا كان الضرر نتيجة اشتراك متعمد

---

(١) قواعد المرافعات تأليف محمد بك العشماوى جزء أول بند ٦٥٣

أو غير متعمد ، لتحديد حصة كل فاعل فى المسئولية (بند ٢٢٧) .

ويجب التفرقه فيما يختص بالطالب بين الدعوى المباشرة التى يقيمها المجنى عليه والدعوى التى تقام باسمه .

الدعوى المباشرة : قد يدعى الطالب بضرر لحقه شخصياً . ولا يشترط أن يكون الطالب هو المجنى عليه الأصلى الذى وقع عليه الضرر مباشرة من الفعل غير المشروع . فقد تقام الدعوى باسم ورثة المجنى عليه فى حالة قتله بسيارة ، اذا أقاموا الدليل على وقوع ضرر شخصى — مادى أو معنوى — عليهم شخصياً . ويجوز لأخ الزوج [1] والمخطوبة [2] بل والأجانب [3] أنفسهم إقامة الدعوى بشرط إقامة الدليل على لحقوق ضرر مادى بهم .

الدعوى غير المباشرة : وهى التى يقيمها الورثة باسم مورثهم بشرط أن تكون الدعوى تعلقت به أولا ويكون هذا فقط بسبب الجروح التى لحقته اذا كانت الوفاة غير عاجلة . ويستطيع الورثة أن يرفعوا دعوى مباشره عما أصابهم شخصياً من الضرر بسبب الوفاة ويستطيع دائنو المجنى عليه أن يرفعوا الدعوى غير المباشره طبقاً للمادة ١٤١ / ٢٠٢ م (بند ٥٨) .

٤٠٩ — **فى الاثبات** . يقع عبء الاثبات على المجنى عليه وهو المدعى فى دعوى التعويض فهو الذى يثبت الضرر ، والخطأ ، وعلاقة السببية بين الاثنين . ولا شك فى أن الاثبات عسير وبخاصة فيما يتعلق بالخطأ لضرورة اثبات كل العناصر المكونة له ، وعلاقة السببية

اثبات الخطأ . لجىء ، رفقاً بالمدين الى طرائق مختلفة وهى : —

(١) تطبيق قواعد المسئولية التعاقدية ، واعتبار الفعل غير المشروع والضرر من جهة ، وعدم تنفيذ التزام مترتب على عقد من جهة أخرى ،

(١) نقض فرنسى ٣١ اكتوبر سنة ١٩٣٠ س ١٩٣١ ، ١ ، ١٤٥

(٢) محكمة جنايات ٢٤ مايو سنة ١٩٣٠ س ، ٢ ، ٧١

(٣) كشريك أو رب عمل حرما من معاونين (محكمة السين التجارية ١٩ أغسطس سنة ١٨٩٦ Le Droit 13 Sept)

سواء بسواء. ويقتضى هذا التساوى توسيع مشتملات العقد والمغالاة فى قوته الالزامية.

(٢) رؤى، مع التمسك بالمسئولية الخارجة عن نطاق التعاقد، تحسين مركز المدعى باستبدال نظرية الخطأ بنظرية الغرر Risque

(٣) يسعف القانون أحيانا المجنى عليه بواسطة قرائن قانونية فيفترض خطأ بعض الأشخاص بالنسبة للاضرار التى تقع كمسئولية صاحب الحيوان عما يحدثه بالغير من جروح. وبهذه الكيفية يستفيد المجنى عليه ولا يطلب منه الا اقامة الدليل على الخطأ وعلاقة السببية. وتفضى القرينة القانونية هنا الى الاعفاء من الاثبات.

(٤) اذا لم ينص القانون على قرائن استرشد القاضى بالقرائن البسيطة ويكون له سلطة تقديرها. فهناك حوادث تبدو عليها سيماء الخطأ كخروج قطار عن السكة أو تصادم قطارين وتنسب هذه الحوادث الى أمين النقل. ويكفى لاثبات خطئه أن يقيم المجنى عليه الدليل أنه جرح فى حادثة من هذا القبيل.

المبحث الثالث — فى المسئولية عن الخطأ والمسئولية التعاقدية

٤١٠ — **فى اختلاف مصادر المسئوليتين**. تنشأ المسئولية التعاقدية من الاخلال بالتزام سابق تحمله الانسان، إما نتيجة عقد أو شبه عقد. وتنشأ المسئولية عن الخطأ بسبب ارتكاب فعل غيرمشروع حرمه القانون. لذلك تصدر المسئولية عن الارادة أو عن الأوامر الالزامية القانونية. ويترتب على اختلاف المصدر النتائج الآتية: —

(١) تختلف كيفية تقدير الخطأ فيكفى فى المسئولية عن الخطأ، لمسئولية الفاعل أن يقع منه خطأطفيف. أما فى المسئولية التعاقدية فلا يؤبه إلا للخطأ الذى يقع من رب الأسرة الذى يرعى مصالحه (بند ٣٥)

(٢) لا يفترض وقوع الخطأ القانونى أى أن المجنى عليه هو الذى يتحمل عبء الاثبات أما فى الخطأ التعاقدى فيفترض وقوع الخطأ من الملتزم أى أن عدم تنفيذ العقد يشغل ذمة الملتزم بالمسئولية ولا يستطيع أن يتنصل منها إلا اذا أثبت وقوع قوة قاهرة أو حادث عرضى منعه من التنفيذ .

(٣) لا يشترط لتحمل المسئولية عن الخطأ القانونى بلوغ الرشد . ومعنى هذا أن الأهلية التعاقدية أصرم من الأهلية اللازمة لتحمل المسئولية عن الخطأ القانونى .

(٤) لا يقع التضامن بين الملتزمين بمقتضى عقد إلا إذا كان التضامن مشترطاً أو نص عليه القانون فى أحوال خاصة . أما إذا كان الالتزام مصدره ارتكاب جريمة فيقع التضامن فى جميع الأحوال بحكم القانون .

(٥) لا يستحق التعويض المترتب على عقد إلا إذا ثبت تقصير المدين ، ويستحق التعويض المترتب على ارتكاب جريمة بلا حاجة الى انذار أو ما يقوم مقامه .

٤١١ — *نظرية وحدة المسئولية* . يرى بعض الشراح أنه لا يوجد إلا مسئولية واحدة [١] وذلك لأن مصدر التعويض فى حالة ارتكاب جريمة أو فى حالة الاخلال بتعاقد هو الخطأ أى الاخلال بالتزام سابق . وقد يكون هذا الالتزام نتيجة عقد أو شبه عقد أى التزام خاص . أو نتيجة الالتزام بعدم الحاق ضرر بالغير أى التزام عام . ولا تختلف جسامة الخطأ تبعاً لما اذا كانت المسئولية اجرامية أو تعاقدية . وينحصر الاختلاف فى مدى الالتزام الذى انتهكت حرمته . وتسرى فى الحالتين قواعد الاثبات العامة . وليس فى طبيعة المسئولية الاجرامية أو القانونية ما يعدل قواعد

---

(١) بهذا المعنى زميلنا المأسوف عليه الاستاذ جرانمولان L'unité de la responsabilité Grandmoulin: Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligatins contractuelles, Rennes 1892.

الاثبات . لأنه اذا كان موضوع الالتزام اعطاء شيء أو فعل أمر ، وكان مصدره التعاقد ، فالمكلف بالاثبات هو المدين الذى يدعى براءة ذمته إما بتقديم مخالصة أو باثبات استحالة الوفاء . واذا كان موضوع الالتزام الامتناع عن فعل أمر ، فالمكلف بالاثبات هو الدائن ، وعليه أن يثبت العقد وعدم احترام المدين الحظر الوارد فيه . ولا يختلف الحال فى الجريمة سواء أكان الالتزام العام ايجابياً أم سلبياً . وكل ما فى الأمر أن الالتزام التعاقدى يكون فى الغالب ايجابياً ، وان الالتزام المترتب على جريمة يكون فى العادة سلبياً . وهذا هو تفسير ما يبدو عادة من اختلاف . وأخيراً يجب أن لا يختلف تحديد التعويضات تبعاً لكون المسئولية تعاقدية أو قانونية .

٤١٢ — *فى وجوب بقاء ازدواج المسئولية .* الخطأ الموجب للمسئولية هو انتهاك حرمة التزام سابق سواء أكان هذا الالتزام قانونياً أم اتفاقياً إلا أن الخطأ شيء والمسئولية شيء آخر . وقد يكون الخطأ قانونيا أو تعاقديا والمسئولية قانونية (إجرامية) أو تعاقدية . وإذا كان الاتفاق لا يغير مبدأ المسئولية فى ذاته إلا انه يغير من شروط تطبيقها بسبب سريانها على نوعين من الأفعال غير المشروعة وهى (١) الأفعال غير المشروعة بذاتها التى لا تستدعى بحثاً عن العلاقة القانونية الموجودة بين الفاعل والمجنى عليه . (٢) الأفعال التى تبدو غير مشروعة لوقوعها من شخص تحمل التزاماً ناشئا عن علاقة قانونية سابقة ، ومن هنا تفرعت النتائج السابق الاشارة اليها .

وبما أنه توجد مسئوليتان تختلف نتائجهما فيتعين أن نبين على وجه الدقة نوع كل مسئولية ولهذه التفرقة أهمية فيما يتعلق بحوادث العمال من حيث الاثبات . لأنه اذا كانت مسئولية رب العمل تعاقدية ، فهو المكلف باقامة الدليل على عدم ارتكابه أى خطأ [١] واذا كانت مسئوليته قانونية ، فالعامل

(١) من هذا الرأى Marc Sauszel : De la responsabilité pes patrons Rev. Crit.1883 ; Sainctelette. De la responsabilité et de la garantie

هو المكلف باثبات خطأ رب العمل . وهو اثبات متعذر الحصول ، يترتب عليه دائما أن يتحمل العامل الضرر . وقد سار القضاء الفرنسى على هذه القاعدة الأخيرة حتى سنة ١٨٩٨ (جوسران ج ٢ بند ٤٨٦) وتبعه القضاء أن المختلط والأهلى[1] على أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت مسئولية أمين النقل تعاقدية أساسها التزامه بايصال المسافر سليما الى مقره (نقض فرنسى ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٠ س ١٩٣٠ ، ١ ، ٣٦٨) لكن القضاء المختلط اعتبر أمين النقل مسئولا عن خطئه طبقا للمادة ٢١٣ م (سم ٣ يناير سنة ١٩٠٦ تق ج ١٨ ، ٨٢)

٤١٣ — فى استحالة الجمع بين المسئولية التعاقدية والمسئولية عن الخطأ القانونى لكل مسئولية مجال خاص وليس من المعقول أن يكون العاقدون معتبرين فى آن واحد من الغير ، بسبب تعارض الصفتين ، لأن الدخول فى الفريق الأول يفيد الخروج من حظيرة الفريق الثانى ، وليس العاقد من الغير مضافا اليه عاقد . والأشياء المختلفة لا تجمع سويا . والمسئولية التعاقدية تُقْصِى بحكم القانون ، المسئولية الاجرامية .

لكن القضاء الفرنسى اعتبر أن العلاقة الالزامية الواحدة قد يترتب عليها ازدواج الدائنية والمديونية . فيكون الشخص الواحد دائنا أولا بحكم القانون ، ودائناً ثانياً بمقتضى العقد كأمين النقل الذى يتسلم بضاعة لنقلها يلتزم بمقتضى عقد النقل بالمحافظة عليها والعناية بها . لكنه يظل متحملا بالالتزام الذى يقضى على كل شخص بعدم الحاق ضرر بالغير . فاذا تلفت البضاعة أخل أمين النقل بالتزامين ، الأولى التزام تعاقدى والثانى التزام

---

(١) سم مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ تق ج ٣٥ ، ١٨١ وسم أهلى مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٧ مجموعة رسمية ٢٨ ، ٤٨ . وفى حوادث السيارات السيارات يتعين على المجنى عليه اثبات خطأ السائق (سم أول مارس سنة ١٩١١ تق ج ٢٣ ، ٢٠٢ و ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ جازيتة المحاكم المختلطة ج ٢٠ ، ١٨٨ ، ١٧٥ وسم ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيتة س ٢٢ ، ٢٧٥ ، ٣٢٠

(٢) محكمة اللبان الجزئية ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ مجموعة رسمية ٢٦ ، ٩٣ : ١

عدم ارتكاب فعل غير مشروع أى جريمة . ويترتب على هـــذا الرأى النتائج الآتية :

(١) اذا تضمن العقد شرطاً حاذفاً أو مخففاً للمسئولية ترتب على هذا الشرط زوال المسئولية التعاقدية لعدم مساسها بالنظام العام . أما المسئولية عن الأفعال غير المشروعة (الاجرامية) فهى من النظام العام وتبقى قائمة [١] وهذه المسئولية التى بقيت حتى الآن فى المرتبة الثانية تخطو الى الامام وتظهر فى المرتبـــة الأولى ، وهو ما يترتب عليه عكس حمل الاثبات واستفادة المدين كأمين النقل . وبدلا من أن يصير مسئولا بحكم القانون لعدم تنفيذه التزاماته التعاقدية ، فلا يكون مسئولا إلا بقدر مايستطيع المجنى عليه العثور على خطأ ، واثبات وقوع هذا الخطأ من أمين النقل [٢]

(٢) يكون للدائن بمقتضى عقد ، الخيار بين المسئولية التعـــاقدية والمسئولية عن الأفعال غير المشروعة . وأحسن من هذا يستطيع هذا الدائن أن يجمع بين المسئوليتين ليختـار منهما ما يطيب له من المزايا . فيستطيع اعتماداً على العقد أن يثبت بلاعناء حقه قبل أمين النقل ويستطيع اعتماداً على الفعل غير المشروع ، أن يطالب أمين النقل بتعويض كامل شامل حتى ما كان غير متوقع الحصول وقت التعاقد [٣]

وينتقد الشراح نظرية الخيار والجمع بين المسئوليتين . ويتجه القضاء الفرنسى الى العدول عن هذه النظرية ، ويميل الى الأخذ بالمبادىء الصحيحة واعتبار المسئولية التعاقدية نافية ومبعدة للمسئولية عن الأفعال غير المشروعة لأن هذا النوع الثانى من المسئولية خاص بالغير لا بالعاقدين [٤] انما يجب

---

(١) نقض فرنسى ٢٧ يوليه سنة ١٩٢٥ د ، ١٩٢٥ ، ١ ، ١ وتعليق الأستاذ Ripert

(٢) نقض فرنسى مدنى ٢٧ ديسمبر ١٩٠٥ س ، ١٩٠٦ ، ١ ، ٢٨٦

(٣) نقض مدنى اودة العرائض ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ د ، ١٩٢٧ ، ١ ، ١٠٥ وتعليق Josserand

(٤) نقض فرنسي ٢١ نوفمبر سنة ١٩١١ د ، ١٩١٣ ، ١ ، ٢٤٩ و ١١ يناير سنة ١٩٢٢ و ٦ ابريل سنة ١٩٢٧ د ، ١٩٢٧ ، ١ ، ١١١

ملاحظة أن المسئولية الاجرامية تتدخل فى العقد فى حالة الغش وفيما اذا كان الاخلال بالعقد يُكوّن جريمة جنائية (جوسران ج ٢ بند ٤٨٤ وهيمار ج ٢ بند ١١٧)

ولنا أن نلاحظ أن مجال المسئولية التعاقدية اتسع الآن فشمل الأطباء والجراحين . والمستأجر المجنى عليه بسبب حادثه فى الأماكن المؤجرة (روان ٤ يونية سنة ١٩١٩ س ١٩١٣ و ١٤٥) وصاحب الفندق بالنسبه لنزلائه (نقض فرنسى ١٨ ديسمبر سنه ١٩٢٨ دالوز الاسبوعى ١٩٢٩ و ١٧) وصاحب محل تعليم ركوب الخيل بسبب اصابه تلميذ أثناء تلقيه درساً (ليون ٢١ اكتوبر سنة ١٩٢٢ د ، ١٩٢٤ ٢، ٥١) وصاحب أراجيح وخلافها للعب الاطفال (جرينويل ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ و٣٤٣) ومسئولية أمين النقل قبل المسافرين. وهذا الاتجاه مفيد للمجنى عليهم لأنه يعفيهم من الاثبات ويلقى عبئه على المدين .

الفرع الثالث [1] — المسئولية الشيئية أو الحتمية

(المسئولية القائمة بلا تدليل على الخطأ)

٤١٤ — **عموميات** . تقضى القواعد القانونية التقليدية أن لامسئولية إلا اذا ثبت الخطأ وفقاً لقواعد الاثبات لكن الرغبة فى تمكين المجنى عليه من الحصول على تعويض عادل عما أصابه من الضرر خففت من صرامة هذه القواعد فى كثير من الأحوال لأن تكليف المجنى عليه باثبات خطأ الفاعل عسير الحصول لاحتمال عدم وجود شهود على الحادث ، وقد يقع الحادث من الشىء أو الأدوات ، أو الحيوان المملوك للمدين وهو مايجعل نسبة الخطأ اليه عسيرة الاثبات ، ولا يحصل المجنى عليه على تعويض . وقد رأى القانون

(١) la responsalilité delictuelle sans faute prouvée; responsalilité objective أو responsalilité de plein drot أو المسئولية الحتمية

أن يسعف المجنى عليه فأقام قرائن قانونيه تفيد افتراض الخطأ وتعفى المجنى عليه من الاثبات . وبذلك يكون القانون قرر مسئولية حتمية أو مسئولية بلا خطأ ثابت اى مسئولية شيئية وتقع هذه المسئوليه عن فعل الغير وعن الأشياء التى للانسان عليها رقابة وادارة .

المبحث الاول — المسئولية عن فعل الغير

٤١٥ — **تقسيم** . تقضى المــادة ١٥١ و ١٥٢ / ٢١٢ و ٢١٤ مدنى بمسئولية الانسان عن فعل الغير فى أربعة أحوال وهى (١) الآباء والأمهات بسبب الضرر الذى يحدثه أولادهم القصر (٢) معلمو التلاميذ والصبية بسبب الضرر الذى يحدثه تلاميذهم (٣) عريف الصناعة بسبب أفعال الصبية (٤) السيد بسبب فعل مخدومه . ولايجوز التوسع فى هذا الباب بطريق القيـاس لأن الأصل أن لايسأل الانسان إلا عن أفعاله . فالزوج غير مسئول مدنياً عن الجرائم أو اشباه الجرائم التى ترتكبها زوجه . والجـد لايسأل بحكم القانون عن الضرر الحادث بفعل حفيده ، والوصى لا يسأل بحكم القانون عن الضرر الحادث بفعل من هو تحت وصايته ، كما أن المالك لايسأل عن الأخطاء الواقعة من جاره [١] إلا أنهم قد يسألون بسبب خطئهم الشخصى ويتعين على المدعى أن يقيم عليه الدليل .

٤١٦ — **تعدد المسئوليات** . اذا سئل شخص عن فعل الغير ، فلا تزول مسئولية الفاعل . فمسئولية الأب عن أولاده لاتزيل مسئولية الولد بسبب فعله الشخصى . لأن كل مسئولية تصدر من فكرة مختلفة فالأب تنشغل ذمتـه بالمسئولية ولو لم يثبت وقوع خطأ من جانبه فى حين أن عمل الولد قد يكون على جانب كبير من الخطورة . لذلك يكون أمام المجنى عليـه مسئولان وهذا

---

(١) نقض فرنسى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢١ د ، ١٩١٥ ، ١ ، ١٠٤

التعدد نظرى محض لأنه لا يفضى الى أكثر من أن يستولى المجنى عليه على تعويض واحد فقط لأن التنفيذ على القاصر أو الصبي أو الخادم أو البواب لا يجدى شيئاً فى الغالب . وهذا هو تفسير وجود مسئولية مدنية يتحملها الأب وعريف الصناعة والسيد . لأنه اذا كان الغرض تضمين المجنى عليه فعلا ، تعين تحرى المسئولية والملاءة المالية فى مظانهما .

٤١٧ — *فى خصائص مسئولية الوالدين والعلم والعريف* . المسئولية عن فعل الغير ولو أنها مقررة بحكم القانون يجوز نفيها بدليل عكسى [١] اذا استحال على الأب أو المعلم ، أو العريف من الوجهة المادية أو المعنوية ، منع وقوع الفعل الضار . وتستفاد هذه الاستحالة من مجموع الظروف التى تنفى عنهم الخطأ المباشر أو البعيد . وتقدير هذه الظروف متروك لقاضى الموضوع لذلك تعتبر قرينة الخطأ التى تسرى على المسئول عن فعل الغير قرينة بسيطة يجوز نقضها بدليل عكسى [٢]

٤١٨ — *فى مسئولية الاباء والامهات*. يطلب من الأب أن يعنى بتأديب ولده ورعايته . ويطلب من الأم العناية بشأن ولدها [٣] ومسئولية الأب والأم هى نتيجة لهذا الالتزام. والظاهر أن الشريعة الاسلامية لم تفرق بين الأم والاب من ناحية الالتزام بالعناية بولدهما مادامت الزوجية قائمة بينهما . فاذا انفصلا تحمل المسئولية من له الحضانة على الولد . وتزول مسئولية الوالدين ببلوغ الولد الرشد .

ويشترط لمسئولية الآباء اقامة الولد معهم اقامة شرعية . وليست العبرة

---

(١) لم تشر المادة ١٥١ و١٥٢ مدنى الى امكان إقامة الدليل العكسي بخلاف المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى . ونرى أن القانون المصرى لم يشأ مخالفة القانون الفرنسى

(٢) استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة السنة الثانية عشرة حكم رقم ٤٩٤ ص ١٠ وعكس ذلك سم ٨ مايو سنة ١٩٣٠ تق ج ٤٢ ، ٩٨٦ .

(٣) مادة ٣٦٥ من كتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا

بالاقامة المادية فقد يسأل الوالدان عن أفعال ولدهما القاصر اذا تركاه يهيم على وجهه فى الطرقات. اواذا حرما عليه الاقامة فى منزل الأبوية أواذا لاذ بالفرار من تلقاء نفسه، ولكن العبرة بأن لا يكون الوالدان فوضا تفويضاً كاملا أوناقصاً الى شخص آخر كمعلم أو عريف صناعة سلطتهما الأبوية. ففى هذه الحالة يتحمل المعلم أورب العمل المسئولية وتزول مسئولية الوالدين [١] وكذلك الحال اذا كان الولد موضوعا فى اصلاحيه أومستشفى.

وقد اعتبرت بعض المحاكم الفرنسية أن مسئولية الوالدين تتحدد طبقاً للقواعد العامة اذا ثبت أن الفعل الضار الحاصل من الولد مسبوق بخطأ الأب أو الأم مثل سوء العناية بالولد وتنشئته نشأة فاسدة[٢] وهذا الرأى يتفق مع ما تقضى به الشريعة الاسلامية من الزام الوالدين بتأديب الولد وتربيته وتعليمه ما هو ميسر له من علم أوحرفة.

٤١٩ – **مسئولية المؤدبين**. يدخل المؤدبون والمعلمون على اختلاف طبقاتهم تحت حكم المادة ١٥١/٢١٢ مدنى ويشترط لمسئوليتهم توافر الشروط الآتية :—

(١) يسأل المعلم عن الضرر الذى يحدثه التلميذ بتلميذ آخر وبالغير، ولكن اذا أحدث التلميذ بنفسه ضرر كجرح فلامسئوليه على المعلم [٣]

(٢) يجب أن يقع الضرر من التلميذ أثناء وجوده تحت مراقبة المعلم. ذلك لأن هذه المسئولية حرفية. ومتى انقطع المعلم عن مباشرة حرفته فلا يفترض خطأه بسبب حرفته.

---

(١) محكمة بور سعيد الجزئية ١٥ يونيه سنة ١٩٢٩ جانية المحاكم المختلطة ج ٢، ١٩١. وجوسران ج ٢ بند ٤٩٥

(٢) محكمة السين المدنية ١٥ مارس سنة ١٩٣٠ دالوز الاسبوعى ١٩٣٠، ٣٢٤

(٣) بواتييه ٧ نوفبر سنة ١٩٢٨ دالوز الاسبوعى ١٩٢٨ و ٥٩٨ وليون ٥ مارس سنة ١٩٣٠ دالوز الاسبوعى ١٩٣٠، ٢٩٥

(٣) يكفى لمسئولية المعلم أن يكون التلميذ موضوعا تحت رقابته دون تفرقة بين التلميذ الداخلى أو الخارجى. وواجب المراقبة متعين على المعلم حتى لو كان التلميذ بالغاً ومتمتعاً بكافة حقوقه (١)

(٤) لا يشترط لمسئولية المعلم أن يستولى على أجر من والد الطفل لأن أساس مسئوليته فكرة الرعاية والملاحظة لا الاستيلاء على أجر لذلك تسأل المنشآت والجمعيات الخيرية ورعاية الأطفال (٢)

وتزول مسئولية المعلم اذا أقام الدليل على أنه بالرغم من مراقبته المستمرة والجدية ما كان فى مقدوره أن يمنع وقوع الضرر. كما لو وقع الحادث فجاءة (٣)

٤٢١ — **فى مسئولية عرفاء الصناعة وصبيانهم** (٤). يدخل عرفاء الصناعة تحت حكم المادة ١٥١ / ٢١٢ مدنى بالنسبة للضرر الذى يحدثه الصبيان الموضوعون تحت اشرافهم أثناء وجودهم تحت مراقبتهم سواء لحق هذا الضرر بقية الصبيان أو الغير .

٤٢٢ - **فى مسئولية السيد عن أفعال خدمه** (٥). تقضى المادة ١٥٢ / ٢١٤ بأن السيد يلزم « بتعويض الضرر الناشىء للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعا منهم فى حال تأدية وظائفهم »

والخدمة من العقود غير المعينة التى تشمل مختلف الأشياء، وهى علاقة

---

(١) باريس ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٢٦ س ، ١٩٢٧ ، ٢ ، ٦٤ .

(٢) نقض فرنسى ٩ يولية ١٩٠٧ س ، ١٩٠٨ ، ١ ، ٧٦ ونقض فرنسى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٩ س ، ١٩٢٢ ، ١ ، ٣٣ .

(٣) نقض فرنسى ١٩ مايو سنة ١٩٠٩ س ١٩١١ ، ١ ، ٤٤٩ واستئناف اهلى مصر ١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة السنة الثانية عشرة حكم رقم ١٢٨ ص ٢٣٩ .

(٤) artisan et apprenti

(٥) maitres et domestiques وذكرت المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى Commettant et préposé ومنها préposition وتفيد معنى التكليف بعمل وسنطلق عليها كلمة «خدمة»

قانونية تفيد تكليف شخص بمباشرة عمل من أي نوع كان ، كالعامل والمستخدم بالنسبة لولى العمل وخادم المنزل بالنسبة لسيده ، والبواب بالنسبة لمالك المنزل لا بالنسبة للمستأجرين ، والوكيل بالنسبة لموكله ، والظئر بالنسبة لجمعية رعاية الأطفال التي سلمت اليها الطفل (١) ولا تقتضي الخدمة بطبيعتها أجراً يتسلمه الخادم ، كما أنه لا أهمية للكيفية التي يتحدد بها الأجر (٢)

والضرر غــير المشروع الذي يحدثه الخدمة الى الغير في حال تأدية وظيفتهم أو بسبب تأدية وظيفتهم يشغل بحكم القانون ذمة السيد بالمسئولية وليس لهذا الأخير أن يتنصل من المسئولية باثبات عدم امكانه منع الخادم من ارتكاب العمل الضار . والمسئولية التي يتحملها السيد لا تقبل الاثبات العكسي (٣) أي أن قرينة الخطأ التي تقع على السيد قرينة قاطعة .

وفي الحق أن هذه المسئولية بعيدة عن فكرة الخطأ بل يمكن القول بان هذه المسئولية أساسها الخطأ الذي يتحمله السيد بسبب انتفاعه بنشاط الغير . وعلى منشيء الخطر أن يتحمل نتائجه ، ويأخذ على عاتقه أعمال خادمه بغض النظر عن فكرة الخطأ . وليست أعمال الخادم في الواقع إلا متممة لنشاط السيد .

٤٢٣ — مسئولية مصالح الحكومة : تسرى القواعد السالفة الذكر على الموظفين بازاء المصالح الحكومية بسبب الضرر الحاصل منهم أثناء تأدية وظائفهم (٤)

---

(١) نقض فرنسي ٤ يونيه سنة ١٩٢٩ د ، ١٩٢٩ ، ١ ، ١٥٣

(٢) نقض فرنسي جنائي ٢٣ يناير سنة ١٩٣١ س ، ١٩٣١ ، ١ ، ٣٥٤

(٣) نقض أهلي ٢٧ مارس ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ، ٦٧

(٤) استئناف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩١٢ مجموعة رسمية ١٤ عدد ٦٦/٣٦ واول ابريل سنة ١٩١٣ ١٤ عدد ٨٠ ، ١٥٣ و٢ فبراير سنة ١٩١٥ ١٦ عدد ١/٢٧ ونقض فرنسي ٢٣٠ نوفبر سنة ١٩٢٨ د ١٩٣٠ ، ١ ، ٨٠ .

٤٢٤ — فى أن سلطة السيد هى أساس مسئولية عن أفعال خدمه .

علل بوتييه Poithier مسئولية السيد المدنية عن أفعال خدمه بخطأ الاختيار وباساءة السيد وضع ثقته ، وارتكاب الخادم فعلا غير مشروع كاف لثبوت خطئه ويجب أن يتحمل السيد قبل الغير ما لحقهم من ضرر . وهذا التعليل صحيح ولكنه غير موف بالحاجة ، فقد يحدث غالباً أن يسأل السيد عن فعل خادم لم يشترك فى اختياره . كمسئولية ناظر محطة عن جرائم ارتكبها العمال الموضوعين تحت سلطته (١) وقد يسأل مجلس بلدى عن فعل موظف لايملك المجلس اختياره أو تعيينه (٢) واعتبرت بلدية باريس مسئولة عن أخطاء فرقة المطافىء التابعة لوزارة الحربية (٣) لذلك يرى الاستاذ جوسران (ج ٢ بند ٥١١) آخذاً بما ذهب اليه القضاء الفرنسى أخيراً بأن مردمسئولية السيد الى السلطة التى للسيد على الخادم . وبسبب هذه السلطة يتحمل السيد تضمين الضرر الذى أحدثه الخادم . وحيث تكون السلطة والادارة تكون المسئوليه (٤)

وينبنى على تعليل المسئولية بنظرية السلطة وحق المراقبة واصدار أوامر النتائج الآتية :

(١) تقتصر مسئولية السيد على الأفعال التى يباشرها الخادم أثناء تادية وظيفته (م ١٥٢ / ٢١٤ م) وفيما عدا ذلك لايكون للسيد على خادمه سلطة أومراقبة ولا يترتب على أفعال الخادم إلا مسئوليته وحده فلا يسأل السيد عن الجرح الذى يحدثه الخادم بالغير فى يوم اجازته . لكن المحاكم توسعت فى تفسير المادة ١٥٢ وقضت بمسئولية السيد عن أفعال الخدم فى حالة تجاوزهم

---

(١) دوائر محكمة النقض الفرنسية مجتمعة ٥ يناير سنة ١٨٦٦ ، ١٨٦٧ ، ١ ، ٨٤

(٢) نقض فرنسى جنائى ١٢ مارس سنة ١٩١٢ س ١٨٢٢ ، ١ ، ٢٨٨

(٣) مجلس الدولة ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ دالوز الاسبوعى ١٩٢٩ ، ٢٠

(٤) نقض فرنسى جنائى ١١ يولية سنة ١٩٣١ دالوز الاسبوعى ١٩٣١ ، ٤٩٣

سلطتهم أو سوء استعمالهم لها . ولا تطالب المجنى عليه باثبات وقوع الفعل أثناء تأدية الخادم وظيفته ؛ فقضت بمسئولية شركة سكة حديد عن أفعال الموظف الذى باشر عملا خارجا عن وظيفته كالمحافظة على متاع أحد الركاب (اكس ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ د ، ١٩٠١ ، ٢ ، ٥٥) وبمسئولية صاحب فندق عن خيانة الامانة الحاصلة من مستخدم سلمه نزيل مبلغا من النقود بزعم أنه مختص بحفظ الودائع النقدية (ليون ٢٤ يونيــــة سنة ١٩٢٠ د ، ١٩٢٢ ، ٢ ، ٤٠) وبمسئولية مالك سيارة عن حادثة وقعت من سائقه الذى تنزه بها بغير علم سيده . ويكفى لمسئولية السيد أن يكون الخادم مختصاً فى الظاهر بالعمل الذى وقع بسببه الضرر .

(ا) لا يكفى أن يقع الضرر وقت مباشرة الوظيفة أو بسببها بل يشترط فوق هذا أن يكون السيد له حق الامر والمراقبة فعلا . فالراكب الذى يستأجر سيارة ليس له سلطة على السائق ولا يعتبر سيداً . ولذلك لا يسأل مدنياً عن أفعاله الضارة . ومالك العقار لا يسأل عن أفعال العامل الذى عينه مقاول اختاره المالك للقيام بعمل معين [١] كما أن المؤجر لا يسأل عن المستأجر منه [٢] لكن مالك السيارة الذى لا يحمل رخصة قيادة ويعتمد على ابنه فى قيادتها تحت اشرافه وسلطته يعتبر سيداً [٣]

---

(١) نقض فرنسى ٤ فبراير سنة ١٨٨٠ ، ١ ، ٣٩٢ واستئناف اهلى مصر ١٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة سنة ١٢ حكم رقم ٣٧ ص ٥٧

(٢) نقض فرنسى ١٩ يناير سنة ١٨٩٨ د ، ١٨٩٨ . ١ . ١٧٥

(٣) نقض فرنسى ١٧ ابريل سنة ١٩٣١ س ١٩٣١ ، ١ ، ٢٥٢ واعتبر الزوج سيدا بالنسبة لزوجته بسبب حوادث السيارات والخليل لخليلته (١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الاسبوعى ١٩٢٨ و ٣٦) والاصدقاء (أول مايو سنة ١٩٣٠ د ، ١٩٣٠ ، ١ ، ١٣٧) ويستفاد من هذه الاحكام أن الخدمة أى علاقة سيد وخادم قد توجد بين أشخاص غير مرتبطين بعقد .

المبحث الثانى — فى المسئولية عن الأشياء

٤٢٥ — **تقسيم**. تشمل المسئولية عن الأشياء[1] المسئولية عن الحيوان والمسئولية عن المبانى، والمسئولية عن الجماد. وسنعقد لكل مسئولية مبحثاً خاصا.

المقصد الاول — المسئولية عن الحيوان

٤٢٦ — **القاعدة**. تقول المادة ١٥٣/٢١٥ م « يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه[2] بالضرر الناشىء عن الحيوان المذكور سواء كان فى حيازته أو تسرب منه »

٤٢٧ — **ما هى الحيوانات التى يشير اليها القانون**. وهى الحيوانات المحوزة التى للانسان سلطة عليها، كالحيوانات المنزلية على اختلاف أنواعها، أما الحيوانات المفترسة وهى التى تعتبر من الصيد المباح. فقد يتسبب عنها مسئولية تطبيقاً للمادة ١٥١/٢١٢م إذا أثبت المدعى خطأ المالك بسبب تركه حيوانات ضارة تتكاثر فى أرضه دون أن يعمل على استئصالها كذئاب أو ثعالب.

٤٢٨ — **من المسئول عن الحيوان**. تقع مسئولية الضرر الناشىء عن الحيوان على مالكه أو مستعمله وقد أثارت هذه الصيغة التخييرية صعاباً ذللها القضاء بالقواعد الآتية. —

(١) المسئولية المقررة فى القانون تخييرية فلا يجوز الجمع بين مسئولية

(١) الشىء فى اللغة اسم لجميع المكونات عرضا كان أو جوهرا، ويصح أن يعلم ويخبر عنه وفى الاصطلاح هو الموجود الثابت المتحقق فى الخارج (التعريفات للجرجانى)

(٢) لم ترد «ومستخدمه qui s'en sert » فى المادة المختلطة

المستعمل والمالك، ومتى صار المستعمل مسئولا سقطت مسئولية المالك [١]

(٢) المقصود من « مستخدم » الحيوان الشخص الذى يحترف بالانتفاع بالحيوان اما بنفسه أو بواسطة خدمه [٢] . ويتعين التفرقة بين الانتفاع بقصد الربح أو بقصد المجاملة . فالانتفاع بقصد الربح يترتب عليه المسئولية بحكم القانون كصاحب فندق ، أو بيطار ، أو مروض خيل السباق [٣] . والاستعمال بقصد المجاملة لا يترتب عليه مسئولية كالشخص الذى يقبل مجاملة أن يحافظ على حيوان لا يسأل الا عن خطئه المعين والثابت [٤] لذلك تستند المسئولية عن الحيوان على أساس حرفى واقتصادى فوق استنادها على فكرة السلطة .

(٣) اذا سلم المالك حيوانه الى خادم ظل مسئولاً عن الحيوان بحكم القانون ، لأن فقد الحراسة المادية لا يرفع حراسته القانونية .

٤٢٩ — **متى تقع المسئولية بحكم القانون** (١) يجب أن ينشأ الضرر حقيقة عن فعل الحيوان . فاذا عزيت الحادثة الى شخص المالك بفعله أو بفعل حارسه التزم المجنى عليه أن يثبت خطأ المدعى عليه .

(٢) لا يسأل المالك بحكم القانون عن الاستعمال بقصد المجاملة . فاذا سلم المالك حيوانه الى شخص لينتفع به تفضلا ، فلا يسأل المالك الا اذا ثبت خطؤه [٥]

٤٣٠ — **فى أحوال الاعفاء من المسئولية** . مالك الحيوان والمنتفع به يظلان مسئولين بحكم القانون حتى لو تسرب الحيوان . ولا يستطيع المدعى

---

(١) نقض ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ د ، ١٩٢٥ ، ١ ، ٤٩ وتعليق Savatier

(٢) الحكم السابق ونقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩١١ س ١٩١٣ ، ١ ، ١١ .

(٣) بوتييه ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٣ د ، ١٩٠٤ ، ٢ ، ١٨٠ ونقض فرنسى ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ د ، ١٨٠٣ ، ١ ، ٣٣٧.

(٤) باريس ١٠ مارس سنة ١٨٩٢ د ، ١٨٩٤ ، ٢ ، ١١٥ .

(٥) نقض ١١ مايو سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ ، ٣٨١

عليه بالتعويض أن يتنصل عن المسئولية باثباته عدم تمكنه من منع الضرر ذلك انه محروم من اقامة الدليل النافى لخطئه [١]. ولا يجوز الاتفاق سلفاً على عدم المسئولية بسبب الضرر الذى يحـــدثه الحيوان بالأشخاص أو بالأموال، لتعلق هذه المسئولية بالنظام العام. وليس للمدعى عليه بالتعويض من سبيل لرفع مسئوليته الا فى حالتين : —

(١) القوة القاهرة. لا يسأل الحارس اذا جفل الحيوان بسبب ضوضاء شديدة، أو حادثة سماوية كبرق أو رعد وفلت من حارسه معتزاً على رأسه وذهب جريا غالبا لا يملكه فى الطرقات عائثاً فى المارة، لأن المستحيل لا يلزم [٢].

(٢) خطأ المجنى عليه. يعفى خطأ المجنى من المسئولية. انما يلاحظ أن الخطأ ليس له فضيلة الاعفـــاء الا بقدره. فاذا لم يكف الخطأ فى ذاته لتفسير الضرر، كما لو حصل الضرر من تضافر عدة عوامل، وزعت المسئولية مما يترتب عليه تقليل التضمين.

٤٣١ — فى ماهية المسئولية عن الحيوان. مسئولية حارس الحيوان هى من النوع الشيئى ومصدرها فكرة الخطر. فكل من ينشىء خطراً، بادخاله فى المجتمع عاملا فعالا للضرر، يجب أن يضطلع بالحمل الذى يترتب على وقوع الخطر [٣].

---

(١) نقض مدنى ١٧ يولية د . ١٩١٧ . ١ . ١٣٣

(٢) استئناف مصر أهلى ١٧ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة السنة الثانية عشرة حكم رقم ٢٦١ ص ٥٢٩

(٣) نقض فرنسى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٤ د ، ١٩٠٤ . ١ ، ٥٦٨

المقصد الثانى — فى المسئولية عن المبانى

٤٣٢ — **نقص النصوص القانونية**. لم تشر القوانين المصرية الى مسئولية مالك المبانى عن الاضرار الناشئة عن المبانى المملوكة لهم. وقد نصت المادة ١٣٨٦ من القانون المدنى الفرنسى على مسئولية المالك بسبب تهدم المبانى اذا كان ناشئاً عن انعدام صيانتها أو عن عيب فى بنائها. ورغم هذا النقص فقد قررت المحاكم المصرية مبدأ المسئولية فى هاتين الحالتين [١]

٤٣٣ — **فى ماهية المسئولية عن المبانى**. يمكن ارجاع مسئولية المالك عن المبانى الى فكرة الخطأ والى فكرة الخطر. فهى ترجع الى فكرة الخطأ لأن انعدام الصيانة يعزى عادة الى المالك. وترجع الى فكرة الخطر لأن عيب الانشاء لا يمكن أن ينسب الى المالك فى معظم الأحوال، فقد يجهل هذا العيب إذا اشترى المبانى من شخص آخر، أو اذا كان أقام بناء بمعرفة مهندس بسبب عدم درايته ولكنه فى هذه الحالة يستطيع الرجوع على المهندس (م ٤٠٩ / ٥٠٠ مدنى)

ويرى القضاء المختلط أن أساس المسئولية عن المبانى هو الخطأ [٢] ولذلك يكلف المجنى عليه باثبات خطأ المدعى عليه بالتعويض سواء أكان مالكا أم لا، وقد يكون الخطأ واقعاً من مهندس معمارى، فيكون مسئولا عن الضرر [٣] أومن الشخص المكلف قانونا بالمحافظة على المبانى كوصى القاصر [٤] وحائز المبانى، بحسن أو بسوء نيته [٥] وأخذ القضاء الأهلى فى بعض أحكامه بنظرية الخطأ [٦]

---

(١) سم ٨ فبراير سنة ١٩١١ تق ج ٢٣، ١٦٠
(٢) سم ١٧ مارس سنة ١٩٢٧ تق ج ٣٩، ٣٣٤
(٣) سم ٥ يناير سنة ١٩٢٨ تق ج ٤٠، ١٢٢
(٤) سم ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ تق ج ٤٢، ٢٥٨
(٥) سم ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ تق ج ٣٨، ١١٢
(٦) استئناف أهلى ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ شرائع ٢ عدد ٢٠٠ ص ١٨٤

المقصد الثالث — المسئولية عن الجمادات

٤٣٤ — **نقص النصوص القانونية**. نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ مدنى فرنسى على مسئولية الانسان عن الأشـــياء الموجودة تحت حراسته. وخلت المادة ٣١٢/١٥١ من الاشارة الى المسئولية عن الجمادات[١] فهل قصد المشرع المصرى أن تسرى عليها قواعد المسئولية عن الأفعال غير المشروعة، وانه لم ير حاجة إلى الأشارة الى الجمادات لأن « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير » تنـاول المسئولية عن الجمادات متى توافرت شروط المسئولية

٤٣٥ — **تطبيق قواعد المسئولية عن الخطأ**. طبقت المحاكم المصرية قواعد المسئولية الذاتية على الجمادات، فقضت بتحميل المجنى عليه عبء الاثبات فى حوادث السيارات[٢] وحوادث العمل [٣] وحوادث السكة الحديد[٤] لـكن هذا الاثبات عسير الحصول. اذ كيف يطلب من المجنى عليه أن يثبت خطأ أمين النقل وكل شهود الحـادثة من عماله، ومصلحتهم تقضى برفع مسئولية أمين النقل. لذلك صار الأخـذ بنظرية « لا مسئولية الا اذا قام الدليل على خطأ المسئول [٥]» معناه حذف كل مسئولية.

٤٣٦ — **اقامة قرائن بسيطة**: كيف السبيل لرفع هذا الحيف عن

---

(١) عبر المشرع الفرنسى عن هذا بقوله المسئولية بفعل الأشياء du fait des choses مع أن الأشياء لا حياة فيها. ولا يمكن نسـبة الفعل اليها. ولعل مافى هذا التعبير من سخف حدا المشرع المصرى إلى اهمال هذه العبارة. فالانسان فقط هو الذى يرتكب أفعالا. وليس الشىء الا اداة فقط لالحاق الضرر وليس سبب الضرر.

(٢) سم أول مارس سنة ١٩١١ تق ج ٢٣ ، ٢٠٢

(٣) سم ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ تق ج ٣٥ . ١٨١ ومن هذا الرأى الأستاذ والتون L'Egypte Contemporaine 1921. pp 465-475.

(٤) سم ٣ يناير سنة ١٩٠٦ تق ج ١٨ ، ٨٢ واستئناف ١٩ يناير سنة ١٩٠٨ مجموعة رسمية اهليه ١٠ ، ١٠

(٥) pas de responsabilité sans faute prouvée

المجنى عليه ؟ رأى البعض أن لا معدى من اقامة قرائن بسيطة تدل على خطأ المسئول . وهذه القرائن يقدرها القاضى وتحمل فى ثناياها خطأ المدعى عليه . وقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية بهـــذا الرأى [١] واتبعتها بعض المحاكم المصرية [٢]

٤٣٧ — **المسئولية التعاقدية** . عمــــد فريق ثالث الى المسئوليـة التعاقدية . فأخذ فى فحص بعض العقود محاولا أن يستخلص من مشتملاتها التزاماً بالمحافظة على ســـــلامة مدعى التعويض . ولـكن القضاء تجهم لنقل المسئولية من مجال الأفعال غير المشروعة الى مجـال التعاقد . واعتبر محاولة العثور على التزامات لم تقع فى خلد العاقدين ، أو فى خلد أحدهما على الأقل ، تقريراً لالتزامات « بريتورية » [٣]

٤٣٨ — **المسئولية بسبب الحراسة** . قال بهـذه النظرية الأستاذ سالي ومقتضاها أن لا حاجة للالتجاء الى فكرة الخطـأ للمسئولية عن الجمادات ويكفى الالتجاء الى فـكرة الحراسـة garde فكما أن حارس الحيوان ، يعتبر المسئول المباشر عن الضرر الحاصل من الحيوان الموضوع تحت حراسته بما له من السلطة عليه واعتباره الممثل القانونى له ، فكذلك الحال بالنسبة للجمادات .

وقد لاقت هذه النظرية نجاحا فى النهـاية ، رغم ما قوبلت به فى أول الأمر من النقد ، وكان الفضل فى الـكشف عنها الى محكمة النقض الفرنسية

---

(١) روان ٣ديسمبرسنة ١٨٩٨ د ، ١٨٩٠ ، ٣١٦،٢ وريوم ٣٠ يولية ١٩٠٣ د ، ١٩٠٣ ، ٢ ، ١٧٢ .

(٢) سم ١٦يونيه سنة ١٨٩٧ تق ٩ ، ٣٨٨ و ١٤ يونية ١٨٩٩ ، تق ج ١١ ، ٢٨٠ و ٥ يناير سنة ١٩٢٨ تق ج ٤٠ ، ١٢٢ . واستئناف مصر ١٠ ابريل ســنة ١٩٢٧ مجموعة رسمية ٢٨ ، ٥٩ .

(٣) Josserand : Les transports no. 883 Camerlinck. De la responsabilité delictuelle. Rev. Crit. 1931 p. 83

فى حكمها الصادر فى ١٦ يونية سنة ١٨٩٦ (د ، ١٨٩٧ ، ١ ، ٤٣٣) وصدرت بعد ذلك مئات الأحكام مؤيدة لهذه النظرية ، وأعفت كلها المجنى عليه من اثبات خطأ خصمه[١] وقد أخذت بعض المحاكم الأهلية بهذه النظرية[٢] . وقد تضمن قانون لبنان الجديد هذه القاعدة (م ١٣١) .

٤٣٩ — **فى مجال المسئولية عن الجماد** . تسرى المسئولية عن الجماد على مختلف الأشياء كالعقار بأصل خلقته ، والعقار بالتخصيص ، وانخساف الأرض وسقوط الشجر ، والاسلاك الكهربائية ، وأنابيب الغاز ، وسقوط اناء ، وانفجار آلة ، وتطاير شرار من آلة وانفجار بارود ، وانطلاق بندقية ، وبقاء غازات ضارة فى قبو ، وحوادث القطار ، والتراموای ، والسيارة الخ .

٤٤٠ — **فى شروط المسئولية عن الجمادات** . يشترط أن يحدث الضرر من الجماد فاذا حدث بفعل الحارس سرت قواعد المسئولية عن الخطأ ويتحمل طالب التعويض عبء الاثبات . لكن من العسير عملا أن يفرق بين الشىء والانسان وبخاصة فى حوادث السيارات .

حوادث السيارات . من الحوادث مايقع بفعل السيارة ذاتها . بقطع النظر عن السائق كتمزق أو انفجار أحد أجزائها ، أو وقوفها بعد ربطها ثم اندفاعها الى الأمام بسبب ميل الأرض . ومنها ما يقع عند ما تتحرك السيارة بواسطة سائقها .

ولم يفرق القضاء الفرنسى بين تحرك السيارة من تلقاء نفسها أو بفعل السائق واعتبر السائق فى كلتا الحالتين حارسا يسأل بحكم القانون[٣] وقد

---

(١) Saleilles, les accidents du te avail etrla responsalilité civile

(٢) اسيوط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ مجموعة رسمية ٢٩ ، ١٣٠

(٣) نقض فرنسى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٧ د، ١٩٢٧ ، ١ ، ٩٧ و ١٦ ابريل سنة ١٩٢٩ دالوز الاسبوعى ١٩٢٩ ، ٢٨٤ .

قررت الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية هـذه القاعدة فقالت بأنه لا فرق بين أن يكون الشيء الذى سبب الحادثة تحرك بيد الانسان أم لا[١]

٤٤١ — فى الحارس . لا تقع المسئولية على المالك بل على الحارس[٢] والمقصود بالحارس gardien من له سلطة الادارة والمراقبة [٣] وهو نفس المعنى المفهوم من الحارس فى المسئولية عن فعل الغير وعن فعل الحيوان أى حيث تكون السلطة تكون المسئولية . ويتعين على الانسان أن يحافظ على الأشياء التى صارت له عليها السيادة ويسأل عما يبدو عليها من جموح أو شطط وما ينتج عنها من تخريب أو تدمير فى الطريق الذى توجهت فيه بفعل الانسان لأن منشىء الغرر وموجهه يتحمل ما يترتب عليه من النتائج .

٤٤٢ — الحراسة والملكية تختلف الحراسة القانونية بهذا المعنى عن الملكية فى أن المالك قد لا يحتفظ بالحراسة القانونية للشيء المملوك له . فقد يفقد المالك الادارة والمراقبة بعقد يفصل السيادة dominium عن الحراسة القانونية مثال ذلك :

(١) عقد ايجار الأشياء . اذا استأجر شخص سيارة أو سفينة أو دراجة زالت الحراسة عن مالكها وصار المستأجر حارساً .

(٢) عقد عارية الاستعمال . يترتب على هذا العقد تحميل المستعير عبء المسئولية ، لأن العارية تغير محل الحراسة القانونية ، وهى المعتبرة هنا .

(٣) لا يعتبر مالك السيارة حارساً لها أثناء تلقيه دروساً فى القيادة [٤] لكن المالك يعتبر حارساً للسيارة أثناء اختباره للحصول على رخصة قيادة [٥].

---

(١) دوائر محكمة النقض الفرنسية مجتمعة ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ د، ١٩٣٠، ١، ٥٧

(٢) باريس ٢٥ ابريل سنة ١٩٣١ س، ١٩٣٢، ٢، ٦٠

(٣) pouvoir de direction et de contrôle

(٤) نقض جنائى ٢٤ يولية سنة ١٩٢٠ د، ١٩٢١، ١، ٣٠

(٥) تولوز ٨ يناير سنة ١٩٣١ دالوز الأسبوعى ١٩٣١ ، ١٢٦

٤٤٣ — *فى الحراسة القانونية والحراسة المادية*. تختلف الحراسة المادية عن الحراسة القانونية فى أن الحراسة المادية هى مجرد اتصال بسيط بالشىء أو حبس له ، مما ينبنى عليه ما يأتى : —

(١) لا يبرأ السائق من حراسة سيارته بسبب تركه إياها وتوافره على بعض أشاغيله . ولا ترتفع عنه الحراسة القانونية ، وبذلك يتحقق بنوع من التجديد استبدال الحارس القديم بآخر جديد .

(٢) لكن سائق السيارة الذى عهـــد اليه المالك بالسيارة لا يعمل لحساب نفسه بل يعمل لحساب الغير . وليس له من الاضطلاع بشئونه ما يجعله مسئولا قبل الغير عن الضرر الذى يسببه لهم . كما أن سيده لم يقع فى خلده أن يتنازل عن سلطة الادارة والمراقبة . وعلى هذا يتحمل المـالك ، وحده دون غيره المسئولية [١] وينبنى على هذا أن المجنى عليه لا يستطيع أن يحصل على تعويض من السائق الا إذا أثبت خطأ السـائق . ويسأل السيد عن هذا الخطأ بصفته سيداً لا بصفته حارساً . كما أن الخادم اذا أصيب بجرح من الشىء المسلم اليه استطاع أن يرجع على سيده بالتعويض باعتبار السيد حارساً لهذا الشىء [٢] .

(٣) اذا باع تاجر سيارة على شرط التجربة وقدم سائقاً فى خدمته لاجراء التجربة ظل التاجر معتبراً حارساً للسيارة ، ولا تنتقل المسئولية الى المشترى . وفى كل ما تقدم تتطابق نظرية حارس الجماد مع نظرية حارس الحيوان . وتسرى المادة ١٥٣ / ٢١٥ مدنى .

٤٤٤ — *فى أحوال الاعفاء من المسئولية أو تخفيفها*. تنقسم هـــذه الاحوال الى (١) أحوال معفية بتاتاً من المسئولية (٢) احوال مقررة للمسئولية بدلا من المسئولية عن الأشياء (٣) أحوال تحل فيها المسئولية

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ د ، ١٩٢٩ ، ١ ، ١٢٩

(٢) حكم ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٩ السابق الاشارة اليه

التعاقدية محل المسئولية عن الأشياء .

٤٤٥ — **فى أحوال الاعفاء من المسئولية** . لا يستطيع الحارس أن يتنصل من المسئولية باثبات انه لم يرتكب خطأ ، أو انه اتخذ كل الاحتياطات العادية أو انه سلك سلوك الرجل الحذر : ذلك لأن قرينة مسئوليته لا يمكن نقضها بدليل عكسى ، وهى كالقرينة المقررة بالنسبة لحارس الحيوان ، أو بالنسبة للسيد . ولا يستطيع نقض هذه القرينة إلاّ الأب والأم والمعلم وعريف الصناعة اذا أثبتوا عدم ارتكابهم خطأ . ذلك لأن مسئولية الحارس لا تفسر بقرينة الخطأ ، ولكن بالخطر المنشأ أو افتراض المسئولية ولا يهم بعد ذلك البحث فيما اذا كان الحارس ارتكب أو لم يرتكب خطأ [١] وإذا ابرأت المحكمة الجنائية الفاعل ظلت مسئوليته قائمة من الوجهة المدنية . فبراءة سائق سيارة من تهمة القتل خطأ ، لا تمنع المحكمة المدنية من تضمين المجنى عليه ، لأن المسئولية المقررة فى المادة ٢١٥/١٥٣ م — وهى أساس المسئولية عن الجمادات — لا تفترض ارتكاب السائق خطأ ، بل تقرر المسئولية عن الأشياء . ولكن اذا قضت المحكمة الجنائية بنسبة الحادث الى خطأ المجنى عليه ارتفعت مسئولية الحارس ، ولا تستطيع المحكمة المدنية بعد ذلك أن تحكم بتعويض مدنى احتراماً لقاعدة قوة الشىء المحكوم به [٢]

والآن ما هى أسباب الاعفاء من المسئولية ؟ تنحصر هذه الأسباب فى أحد أمرين (١) خطأ المجنى عليه (٢) القوة القاهرة .

(١) خطأ المجنى عليه . يحدث خطأ المجنى عليه أثره العادى وهو الاعفاء من المسئولية بشرط أن يترتب الضرر كله فعلا على هذا الخطأ [٣] ذلك لأن الخطأ الظنى الذى يفترض وقوعه من حارس الشىء ينهار إزاء

---

(١) حكم دوائر محكمة النقض المجتمعة ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ د ، ١٩٣٠ ، ١ ، ٥٧

(٢) نقض ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ د ، ١٩٢٧ ، ١ ، ١٤٥

(٣) نقض مدنى ٨ يونية سنة ١٩٣١ س ، ١٩٣٢ ، ١ ، ٤٥

الخطأ الفعلي الثابت قبل المجني عليه . على أن المحكمة تستطيع أن تقسم المسئولية اذا ترتبت الحادثة على اخطاء فعلية وقعت من الفريقين (١)

(٢) القوة القاهرة . تعفي القوة القاهرة من المسئولية . إنما يجب أن تقصر القوة القاهرة على الحوادث الخارجية فلا تشمل الحوادث المنبعثة من نفس الشيء أثناء حركته أو الانتفاع به . فلا يعتبر قوة قاهرة انفجار غطاء أو تحطم عجلة . أو انقلاب عربة ، أو تكسر قطعة من سيارة أو قاطرة ، أو وعث الطريق أو تقلبه صعداً وصبباً بكيفية لا تمكن السائق من رؤية ما يليه . كل هذه الأحوال وما يماثلها لا تعفي من المسئولية (٢) ويعتبر فعل الغير قوة قاهرة الا اذا كان منظوراً أو كان في الامكان تجنبه ولم يختلط بخطأ .

٤٤٦ — في أحوال حلول المسئولية عن الخطأ محل المسئولية عن الاشياء

(١) تزول المسئولية عن الأشياء ، وهي التي تقع بحكم القانون ، اذا تعارضت مع مسئولية أخرى . فاذا تصادمت سيارتان ، تساقطت القرينتان القائمتان على حراسهما . ويتعين الأخذ بقواعد المسئولية عن الخطأ ، واذا أمكن اثبات خطأ فعلي وقع من أحدهما صار هو المسئول عن الضرر ، والا تحمل كل حارس الضرر الحاصل له ، بكيفية قطعية ، وبدون امكان رجوع أحدهما على الآخر . الا أنه يشترط لتطبيق قاعدة تهاتر قرينتي المسئولية توافر عدة شروط ، وإلا تعذر تطبيقها وهي :

(أ) اذا وقع الضرر على جانب واحد ، فلا تبقى إلا قرينة واحدة

---

(١) نقض ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٤ د ، ١٩٢٥ ، ١ ، ١٢ .

(٢) نقض أول مايو سنة ١٩٣٠ د ، ١١٩٣٠ ، ١ ، ١٣٧ ونقض ٢ مارس سنة ١٩٢٧ س ، ١٩٢٧ ، ١ ، ٢٣٢ وقد صدر في فرنسا قانون ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ قضى بأن المسئولية عن سقوط الطيارات لا تزول حتى في حالة القوة القاهرة الا اذا أمكن اثبات خطأ المجني عليه .

يستفيد منها حارس العربة المصابة بضرر، وتسرى المادة ١٥٣/٢١٥مدنى[١].

(ب) وكذلك الحال إذا سببت سيارة واحدة الحادثة فليس ثمت إلا فعل واحد، وهذا الفعل هو الذى يترتب عليه مسئولية الحارس [٢].

(ح) يشترط لتطبيق قاعدة التهاتر أن تكون العربتان من نوع واحد حائزتان لقوة معادلة لاحداث الضرر كسيارتين. فاذا وقعت الحادثة بين سيارة ودراجة فلا تتهاتر القرينتان لعدم تناسب الخطر فى كل (جوسران ج ٢بند٥٥٠).

(٢) يرى القضاء أن المسئولية عن الخطأ تحل محل المسئولية عن الأشياء اذا قصد الحارس أن يقدم خدمة الى المجنى عليه أو يصطنعه. فاذا قبل أو التمس شخص من آخر أن يأخذ مكاناً فى سيارته مجاناً وأصيب فى حادثة فلا يجوز له أن يوجه إلى سائق السيارة مسئولية عن الشيء، ولا يحصل على تعويض إلا اذا أثبت على الحارس ارتكاب خطأ معين بالمعنى المقصود فى المادة ١٥١ / ٢١٣ م [٣]. وذلك لأن الراكب مجاناً، يختلف عن الغير، فى أنه اشترك فى استعمال السيارة، وانه يعلم الأخطار التى يتعرض لها بمحض ارادته، بشرط أن لا يكون المجنى عليه طفلا أو مجنوناً أى غير أهل لتحمله بارادته اخطار النقل.

٤٤٧ — فى حلول المسئولية التعاقدية محل المسئولية عن الاشياء. اذا ارتبط الحارس والمجنى عليه بعقد للانتفاع بالشيء الضار خضعت المسئولية عن الضرر لشروط العقد المذكور. فعقد النقل يحمل أمين النقل التزاماً بسلامة البضاعة أو المسافر، فاذا أصيب المسافر بضرر فلا يستحق التضمين طبقاً للمادة ١٥١ — ١٥٣ مدنى، بل يستحقه طبقاً لقواعد المسئولية التعاقدية.

---

(١) نقض فرنسى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٠ د، ١٩٣٠، ١، ١٣٧.

(٢) نقض أول مايو سنة ١٩٣٠، د، ١٩٣٠، ١، ١٣٧.

(٣) نقض فرنسى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ د، ١٩٢٨، ١، ١٤٥

الفرع الرابع

المسئولية المعراة عن فكرة الخطأ [١]

المسئولية الشيئية الغررية

٤٤٨ — **غرر الحرفة**. يحدث أن يعتبر شخص مسئولا عن الضرر حتى اذا لم يمكن نسبة أى اهمال أو خطأ اليه، وحتى اذا كان مجال نشاطه مشروعا وأقرته السلطات العامة. وقد وصل القضاء الفرنسى الى تقرير مسئولية شيئية أساسها الخطر كمسئولية ملتزم منجم عما يترتب على استغلاله من اضرار لملاك سطح الأرض وللملتزمين المجاورين له (دوائر محكمة النقض مجتمعة ٢٣ يولية ١٨٦٢ د، ١٨٦٢، ١: ٢٥٧).

ويلاحظ أن هذا المبدأ تقرر فى فرنسا قبل أن يصدر المشرع الفرنسى قانون ٩ ابريل سنة ١٨٩٨ الخاص بحوادث العمل، وهو هذا القانون الذى قضى بتحميل رب العمل خطر الحوادث التى تقع على العمال أثناء أو بسبب عملهم. وكان هذا القانون فاتحة قوانين أخرى شملت كل مناحى الحياة الاجتماعية.

٤٤٩ — **القضاء المصرى**. رفض القضاء المصرى، أهلى ومختلط، فى جملته تقرير نظرية تحميل رب العمل غرر الحرفة [٢] وتعلق بنظرية الخطأ

(١) Responsabilité libérée de toute idée de faute ; responsabilité objective à base de risque

(٢) شذت بعض الأحكام عن هذا الاجماع « استئناف أهلى ١٠ ابريل سنة ١٩٢٧ مجموعة رسمية ٢٨، ٥٩ » وأخذت بعض المحاكم الابتدائية المختلطة بقاعدة تحميل رب العمل خطر الحرفة « مصر الابتدائية المختلطة ١٤ يونيه سنة ١٩٢٧ جازيتة المحاكم المختلطة ج ١٨، ٢٣٣، ٢٩٥ و ١٧ يونية ١٩٢٩ ج ٢٠، ١٩٥، ١٨٨» واسكندرية الجزئية المختلطة ١٤ ابريل سنة ١٩٣١ جازيتة المحاكم المختلطة ج ٢٢، ٢٨١، ٣٢٤ ورفضت محكمة الاستئناف المختلطة الأخذ بهذه النظرية (انظر الجدول العشرى الرابع لمجلة التشريع والقضاء المختلطة بند ٤٥٦٨ — ٤٥٧٥)

مع ما يستتبعها من تكليف المجنى عليه باثبات خطأ ولى العمل ، وهو اثبات متعذر الحصول فى معظم الأحوال . وقد أهمل القضاء الفرنسى هذه النظرية قبل تدخل المشرع ، متمشياً مع تطور الحياة الاقتصادية ، وروح العصر الاجتماعية ويقيننا أن القضاء المصرى واجد فى نصوص العدل والانصاف المودعة فى قوانيننا مايمكنه من الأخذ بنظرية غرر الحرفة . ويجب أن تسود نظرية المسئولية الاعتبارات البسيطة الآتية وهى أن أولياء الأعمال ، بما لهم من السلطة من جهة ، واستئثارهم بمعظم الغنم من جهة أخرى ، يجب أن يتحملوا المخاطر التى يتعرض لها العمال ، فيكون ولى العمل مؤمناً لنفسه بنفسه على الأخطار التى خلقها بنشاطه واقدامه . وهو فى مأمن من مخاطره، والا ساءت أحوال العمال . وضاع عليهم معين حياتهم بلا رجعة على أحد .

———

(اهم المراجع العامة)

Aaubry et Rau. Cours de droit civil francais 12 vols.

Baudry-Lacantenerie. Traité théorique de droit civill.

Colin et Capitant. Cours élémentaire de droit civil francais 3 vols.

Hémard. Précis élémentaire de droit civil. 3 vols.

Josserand. Cours de droit positif francais 3 vols.

Planiol. Traité élémentaire de droit civil 3 vols.

Walton. The Egyptian law of obligations 2 vols.

فتحى زغلول باشا . شرح القانون المدنى المصرى ١٩١٣

عبد السلام ذهنى بك . الالتزامات ، النظرية العامة ١٩٢٥

احمد نجيب الهلالى بك . البيع والحوالة والمقايضة ١٩٢٥

محمد العشماوى بك . قواعد المرافعات ١٩٢٨

(جدول الرموز)

(١) ٧٨/١٢٠ = المادة ١٢٠ مدنى اهلى ويقابلها مادة ١٧٨ مدنى مختلط

(٢) سم ٤ مايو سنة ١٩٢٢ تق ج ٣٤، ٣٨١ = حكم صادر من محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ ٤ مايو سنة ١٩٢٢ ومنشور بمجلة التشريع والقضاء Bulletin de législation et de jurisprudence

(٣) نقض فرنسى ١٠ اغسطس سنة ١٨٥٩ د ، ٥٩ ، ١ ، ١٤١ = حكم صادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٠ اغسطس سنة ١٨٥٩ ومنشور بمجلة دالوز Dalloz périodique سنة ١٨٥٩ القسم الاول صفحة ١٤١ .

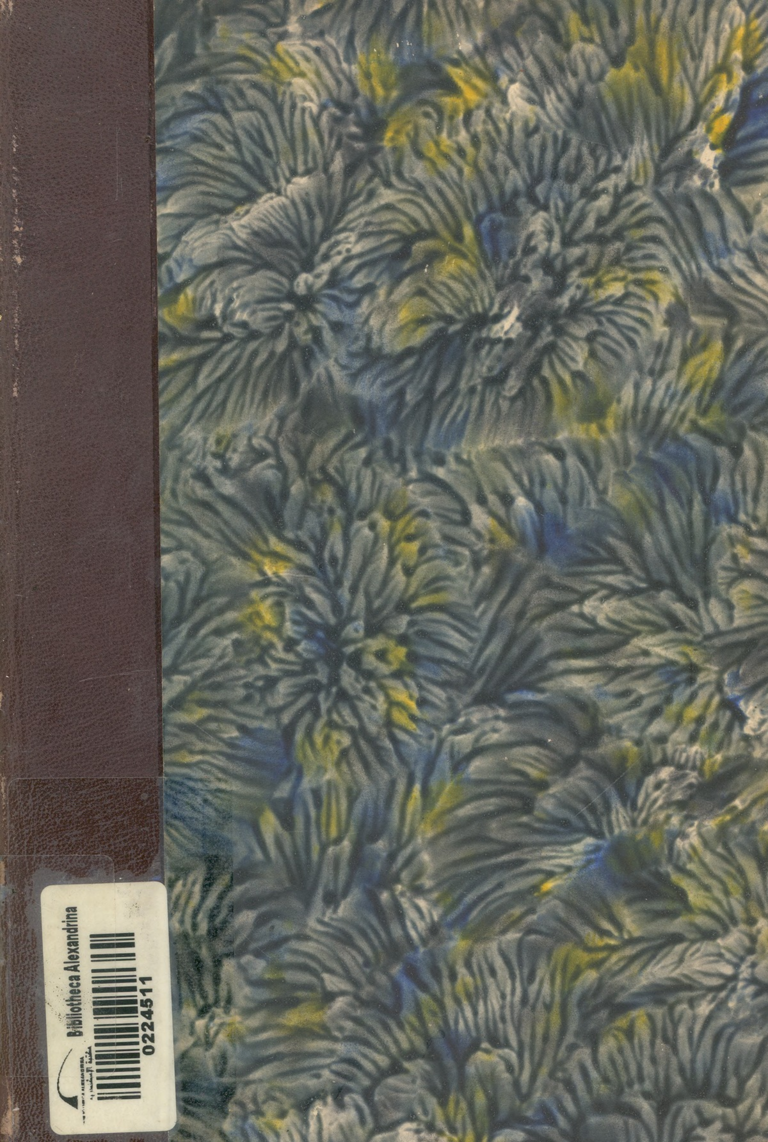
(٤) نانسى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٠٨ س ، ١٩٠٩ ، ٢ ، ٢٤ = حكم صادر من محكمة نانسى بتاريخ ٢١ نوفمبر سنة ١٩٠٨ ومنشور بمجلة سيرى Sirey سنة ١٩٠٩ القسم الثانى ص ٢٤

فهرس

صفحة

صفحة

صفحة


Bibliotheca Alexandrina
0224511